

# Der Grundeigentümer im Zivilprozess

(unter Berücksichtigung der Prozess-  
ordnungen der Kantone Appenzell Ausser-  
rhoden, St. Gallen und Zürich)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft  
vorgelegt von

AUGUST STOLZ  
von Oberbüren SG

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

aku-Fotodruck

Zürich

1978

1979



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# **Der Grundeigentümer im Zivilprozess**

(unter Berücksichtigung der Prozess-  
ordnungen der Kantone Appenzell Ausser-  
rhoden, St. Gallen und Zürich)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft  
vorgelegt von

AUGUST STOLZ  
von Oberbüren SG

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

aku-Fotodruck

Zürich

1978

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 22. November 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



## INHALTSVERZEICHNIS

Seite

|                                         |       |
|-----------------------------------------|-------|
| Literaturverzeichnis . . . . .          | XV    |
| Verzeichnis der Rechtsquellen . . . . . | XIX   |
| Verzeichnis der Judikatur . . . . .     | XXIII |
| Verzeichnis der Abkürzungen . . . . .   | XXIV  |
| Einleitung . . . . .                    | 1     |

### ERSTER TEIL

#### Grundeigentum und Grundeigentümer

|      |                                                                                                    |    |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1  | GEGENSTAND DES GRUNDEIGENTUMS . . . . .                                                            | 3  |
| I.   | Vorbemerkung . . . . .                                                                             | 3  |
| II.  | Der Begriff des Grundstückes im engeren Sinne . . . . .                                            | 4  |
| III. | Grundstückeigentum . . . . .                                                                       | 5  |
|      | 1. Begriff . . . . .                                                                               | 5  |
|      | 2. Inhalt . . . . .                                                                                | 6  |
| IV.  | Der Grundeigentümer als Kläger oder Beklagter im Zivil-<br>prozessrecht . . . . .                  | 7  |
| § 2  | KLAGEN UEBER EIGENTUM ODER ANDERE DINGLICHE RECHTE<br>AN GRUNDSTUECKEN . . . . .                   | 9  |
| I.   | Vorbemerkung . . . . .                                                                             | 9  |
| II.  | Klagen aus dem Eigentum . . . . .                                                                  | 9  |
|      | A. Die Klage aus der Vorenthaltung des Eigentums<br>(Eigentumsklage) . . . . .                     | 10 |
|      | B. Die Grundbuchberichtigungsklage im besonderen . . . . .                                         | 11 |
|      | C. Die Klage aus der Beeinträchtigung des Eigentums<br>(Eigentumsfreiheitsklage) . . . . .         | 12 |
|      | D. Die Klage aus der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers . . . . .                             | 16 |
| III. | Ansprüche im Zusammenhang mit beschränkten dinglichen<br>Rechten . . . . .                         | 18 |
|      | A. Der Anspruch auf Ablösung einer Grunddienstbarkeit . . . . .                                    | 18 |
|      | B. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung . . . . .                                                  | 19 |
|      | C. Der Anspruch des Grundlastgläubigers auf Werterhaltung der<br>belasteten Liegenschaft . . . . . | 20 |

|       |                                                                                                         |    |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| D.    | Der Anspruch auf Löschung des Grundpfandrechtes . . . . .                                               | 20 |
| E.    | Der Anspruch auf Herausgabe des Pfandtitels . . . . .                                                   | 21 |
| F.    | Der Anspruch auf Durchleitung . . . . .                                                                 | 21 |
| IV.   | "Actiones in rem scriptae" (Klagen aus Realobligation) . . .                                            | 21 |
| A.    | Begriff . . . . .                                                                                       | 21 |
| B.    | Uebersicht über die Fälle der Realobligation . . . . .                                                  | 22 |
|       | 1. Gesetzliche Realobligationen . . . . .                                                               | 22 |
|       | a) Leistungspflichten des Grundeigentümers . . . . .                                                    | 23 |
|       | b) Leistungspflichten der Inhaber beschränkter dinglicher<br>Rechte, insbes. des Nutzniessers . . . . . | 24 |
|       | 2. Rechtsgeschäftliche Realobligationen . . . . .                                                       | 24 |
| V.    | Die gemischten Klagen . . . . .                                                                         | 25 |
| A.    | Begriff . . . . .                                                                                       | 25 |
| B.    | "Actions mixtes" im schweizerischen Recht . . . . .                                                     | 26 |
| VI.   | Klagen aus dem Besitz . . . . .                                                                         | 26 |
| A.    | Der Besitzesschutz im allgemeinen . . . . .                                                             | 26 |
| B.    | Die Klage aus der Besitzesentziehung . . . . .                                                          | 28 |
| C.    | Die Klage aus der Besitzesstörung . . . . .                                                             | 29 |
| VII.  | Die Feststellungsklagen . . . . .                                                                       | 30 |
| A.    | Allgemeines . . . . .                                                                                   | 30 |
| B.    | Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Fest-<br>stellungsklage . . . . .                        | 30 |
| C.    | Die Feststellungsklage als Mittel zum Schutze des<br>Eigentums . . . . .                                | 32 |
| D.    | Die Feststellungsklage als Mittel zum Schutze des Besitzes . . . . .                                    | 32 |
| E.    | Die Feststellungsklage als Mittel zum Schutze gegen<br>Grundeigentumsüberschreitung . . . . .           | 32 |
| VIII. | Zusammenfassung . . . . .                                                                               | 34 |

## ZWEITER TEIL

### Der Grundeigentümer als Prozesspartei

|     |                                                                   |    |
|-----|-------------------------------------------------------------------|----|
| § 1 | DIE GERICHTE . . . . .                                            | 35 |
| I.  | Vorbemerkung . . . . .                                            | 35 |
| II. | Die Gerichtsbehörden des Kantons Appenzell Ausserrhoden . . . . . | 36 |
| A.  | Allgemeines . . . . .                                             | 36 |

|      |                                                         |    |
|------|---------------------------------------------------------|----|
| B.   | Die Gerichtsbehörden im einzelnen                       | 38 |
| 1.   | Der Vermittler                                          | 38 |
| a)   | Die Organisation des Vermittleramtes                    | 38 |
| b)   | Die sachliche Zuständigkeit des Vermittlers             | 39 |
| c)   | Das Verfahren                                           | 39 |
| d)   | Vorschlag für eine Neuregelung des Vermittleramtes      | 40 |
| 2.   | Das Kantonsgericht                                      | 41 |
| a)   | Die Organisation                                        | 41 |
| b)   | Die sachliche Zuständigkeit                             | 44 |
| aa)  | Erstinstanzlich                                         | 44 |
| bb)  | Zweitinstanzlich                                        | 45 |
| c)   | Das Verfahren                                           | 45 |
| aa)  | Das Vorverfahren                                        | 45 |
| bb)  | Das Verfahren vor Gericht                               | 46 |
| 3.   | Die Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter        | 47 |
| a)   | Die Organisation                                        | 47 |
| b)   | Die sachliche Zuständigkeit                             | 47 |
| aa)  | Endgültig                                               | 47 |
| bb)  | Erstinstanzlich                                         | 48 |
| c)   | Das Verfahren                                           | 49 |
| 4.   | Das Obergericht                                         | 50 |
| a)   | Die Organisation                                        | 50 |
| b)   | Die sachliche Zuständigkeit                             | 51 |
| aa)  | Zweitinstanzlich                                        | 51 |
| bb)  | Erstinstanzlich                                         | 51 |
| c)   | Das Verfahren                                           | 52 |
| 5.   | Der Obergerichtspräsident als Einzelrichter             | 53 |
| a)   | Allgemeines                                             | 53 |
| b)   | Die sachliche Zuständigkeit                             | 53 |
| c)   | Das Verfahren                                           | 53 |
| III. | Die Gerichtsbehörden des Kantons St.Gallen              | 54 |
| A.   | Vorbemerkung                                            | 54 |
| 1.   | Die Unterscheidung der Gerichte                         | 54 |
| 2.   | Die ordentlichen Gerichtsbehörden des Kantons St.Gallen | 54 |

|     |                                                            |    |
|-----|------------------------------------------------------------|----|
| B.  | Die ordentlichen Gerichtsbehörden im einzelnen . . . . .   | 55 |
| 1.  | Der Vermittler . . . . .                                   | 55 |
| a)  | Die Organisation . . . . .                                 | 55 |
| b)  | Die sachliche Zuständigkeit . . . . .                      | 56 |
| c)  | Das Verfahren . . . . .                                    | 56 |
| 2.  | Die Bezirksgerichte . . . . .                              | 57 |
| a)  | Die Organisation . . . . .                                 | 57 |
| b)  | Die sachliche Zuständigkeit . . . . .                      | 59 |
| c)  | Das Verfahren . . . . .                                    | 59 |
| aa) | Das Vorverfahren . . . . .                                 | 59 |
| bb) | Das Verfahren vor Gericht . . . . .                        | 60 |
| 3.  | Die Gerichtskommission . . . . .                           | 61 |
| a)  | Die Organisation . . . . .                                 | 61 |
| b)  | Die sachliche Zuständigkeit . . . . .                      | 61 |
| c)  | Das Verfahren . . . . .                                    | 61 |
| 4.  | Die Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter . . . . . | 62 |
| a)  | Allgemeines . . . . .                                      | 62 |
| b)  | Die sachliche Zuständigkeit . . . . .                      | 62 |
| c)  | Das Verfahren . . . . .                                    | 63 |
| 5.  | Das Kantonsgericht . . . . .                               | 64 |
| a)  | Die Organisation . . . . .                                 | 64 |
| b)  | Die sachliche Zuständigkeit . . . . .                      | 65 |
| 6.  | Die Rekurskommission des Kantonsgerichtes . . . . .        | 66 |
| 7.  | Die Einzelrichter des Kantonsgerichtes . . . . .           | 66 |
| 8.  | Das Kassationsgericht . . . . .                            | 67 |
| IV. | Die Gerichtsbehörden des Kantons Zürich . . . . .          | 68 |
| A.  | Vorbemerkung . . . . .                                     | 68 |
| B.  | Die Gerichtsinstanzen im einzelnen . . . . .               | 68 |
| 1.  | Der Friedensrichter . . . . .                              | 69 |
| 2.  | Die Bezirksgerichte . . . . .                              | 69 |
| 3.  | Die Einzelrichter . . . . .                                | 69 |
| 4.  | Das Obergericht . . . . .                                  | 69 |
| 5.  | Das Kassationsgericht . . . . .                            | 69 |
| 6.  | Das Landwirtschaftsgericht . . . . .                       | 70 |

|      |                                                                                                            |    |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 2  | DIE ZUSTAENDIGKEIT DER GERICHTE . . . . .                                                                  | 71 |
| I.   | Vorbemerkung . . . . .                                                                                     | 71 |
| II.  | Begriff . . . . .                                                                                          | 71 |
| III. | Die Bestimmung der Zuständigkeit . . . . .                                                                 | 71 |
| IV.  | Entscheidung der Zuständigkeitsfrage . . . . .                                                             | 72 |
| § 3  | DIE OERTLICHE ZUSTAENDIGKEIT (GERICHTSSTAND) . . . . .                                                     | 72 |
| I.   | Vorbemerkung . . . . .                                                                                     | 72 |
| II.  | Der ordentliche Gerichtsstand . . . . .                                                                    | 73 |
| A.   | Im allgemeinen . . . . .                                                                                   | 73 |
| B.   | Der ordentliche Gerichtsstand in den Kantonen Appenzell Ausser-<br>rhoden, St. Gallen und Zürich . . . . . | 74 |
| III. | Die Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV . . . . .                                                        | 74 |
| IV.  | Die besonderen Gerichtsstände . . . . .                                                                    | 76 |
| A.   | Der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache . . . . .                                                     | 76 |
| 1.   | Nach geltendem Recht . . . . .                                                                             | 76 |
| a)   | Allgemeines . . . . .                                                                                      | 76 |
| aa)  | Die dinglichen Rechte . . . . .                                                                            | 77 |
| bb)  | Die dinglichen Ansprüche . . . . .                                                                         | 78 |
| aaa) | Der Begriff des dinglichen Anspruches . . . . .                                                            | 78 |
| bbb) | Die Entstehung dinglicher Ansprüche . . . . .                                                              | 78 |
| ccc) | Schlussfolgerung . . . . .                                                                                 | 79 |
| cc)  | Die dingliche Klage . . . . .                                                                              | 79 |
| b)   | Einzelne Klagen, für welche der Gerichtsstand "rei sitae"<br>in Frage kommt . . . . .                      | 81 |
| aa)  | Klagen aus Eigentum . . . . .                                                                              | 81 |
| bb)  | Klagen aus Realobligationen . . . . .                                                                      | 83 |
| cc)  | Gemischte Klagen . . . . .                                                                                 | 83 |
| dd)  | Klagen aus dem Besitz . . . . .                                                                            | 85 |
| ee)  | Feststellungsklagen . . . . .                                                                              | 85 |
| 2.   | De lege ferenda . . . . .                                                                                  | 86 |
| a)   | Vorbemerkung . . . . .                                                                                     | 86 |
| b)   | Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes in der<br>Schweiz . . . . .                                  | 87 |
| c)   | Die teilweise Vereinheitlichung aufgrund der Kompetenz<br>zur Legiferierung im Zivilrecht . . . . .        | 89 |

|      |                                                                                                                               |     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| aa)  | Grundlagen . . . . .                                                                                                          | 89  |
| bb)  | Vorschlag einer Gerichtsstandsbestimmung im ZGB<br>für Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammen-<br>hang stehen . . . . . | 91  |
| d)   | Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes aufgrund des<br>Verfassungsentwurfes für eine neue Bundesverfassung . . . . .       | 92  |
| B.   | Der Gerichtsstand des Betreibungs- bzw. des Konkurs- oder<br>Arrestortes . . . . .                                            | 93  |
| C.   | Der Gerichtsstand des Vermögens . . . . .                                                                                     | 95  |
| D.   | Der Gerichtsstand der Vereinbarung und der Einlassung . . . . .                                                               | 95  |
| E.   | Der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges . . . . .                                                                            | 97  |
| 1.   | Die Beurteilung von Haupt- und Nebensache . . . . .                                                                           | 98  |
| 2.   | Mehrere Klagen bei Identität des Klägers und des Beklagten . . . . .                                                          | 99  |
| 3.   | Zeitlich verschiedene Klagen, die das gleiche Rechtsver-<br>hältnis betreffen . . . . .                                       | 100 |
| 4.   | Die örtliche Zuständigkeit bei der Hauptintervention . . . . .                                                                | 101 |
| § 4  | DIE SACHLICHE ZUSTAENDIGKEIT . . . . .                                                                                        | 102 |
| I.   | Vorbemerkung . . . . .                                                                                                        | 102 |
| II.  | Die Berechnung des Streitwertes . . . . .                                                                                     | 102 |
| III. | Die sachliche Zuständigkeit in den Kantonen Appenzell Ausser-<br>rhoden, St.Gallen und Zürich . . . . .                       | 104 |
| A.   | Im Kanton Appenzell Ausserrhoden . . . . .                                                                                    | 104 |
| B.   | Im Kanton St.Gallen . . . . .                                                                                                 | 105 |
| C.   | Im Kanton Zürich . . . . .                                                                                                    | 105 |
| § 5  | DIE FUNKTIONELLE ZUSTAENDIGKEIT . . . . .                                                                                     | 107 |
| § 6  | DIE PARTEIEN . . . . .                                                                                                        | 108 |
| I.   | Allgemeine Regeln . . . . .                                                                                                   | 108 |
| A.   | Parteien und Parteifähigkeit . . . . .                                                                                        | 108 |
| B.   | Prozessfähigkeit . . . . .                                                                                                    | 109 |
| 1.   | Begriff . . . . .                                                                                                             | 109 |
| 2.   | Die Prozessfähigkeit der Miteigentümer . . . . .                                                                              | 110 |
| C.   | Klageabweisungsgründe . . . . .                                                                                               | 112 |
| 1.   | Die mangelnde Sachlegitimation (Aktiv- und Passiv-<br>legitimation) . . . . .                                                 | 112 |

|     |                                                                                                     |     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.  | Die ungenügende oder fehlende Parteivollmacht . . . . .                                             | 113 |
| a)  | Bei Parteien mit Wohnsitz in der Schweiz . . . . .                                                  | 113 |
| b)  | Bei Parteien mit Wohnsitz im Ausland . . . . .                                                      | 114 |
| II. | Die Stockwerkeigentumsgemeinschaft . . . . .                                                        | 115 |
| A.  | Das Stockwerkeigentum . . . . .                                                                     | 115 |
| B.  | Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer im Rechtsverkehr . . . . .                                 | 116 |
| 1.  | Die Gemeinschaft als Rechtsperson . . . . .                                                         | 116 |
| a)  | Umfang von Rechts- und Handlungsfähigkeit . . . . .                                                 | 116 |
| b)  | Das Innenverhältnis . . . . .                                                                       | 117 |
| 2.  | Die Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentumsgemeinschaft . . . . .                                   | 118 |
| a)  | Die rechtliche Natur der Einheitsbehandlung der Gemeinschaft im Prozess . . . . .                   | 118 |
| b)  | Allgemeine prozessuale Grundsätze und Zuständigkeitsbedingungen . . . . .                           | 119 |
| c)  | Vertretung im Prozess . . . . .                                                                     | 120 |
| d)  | Umfang der Prozessfähigkeit . . . . .                                                               | 120 |
| § 7 | DIE STREITGENOSSENSCHAFT . . . . .                                                                  | 121 |
| I.  | Begriff . . . . .                                                                                   | 121 |
| II. | Arten . . . . .                                                                                     | 121 |
| A.  | Die notwendige Streitgenossenschaft . . . . .                                                       | 121 |
| 1.  | Begriff . . . . .                                                                                   | 121 |
| 2.  | Entstehung . . . . .                                                                                | 122 |
| 3.  | Folge für die Streitgenossen . . . . .                                                              | 122 |
| B.  | Die einfache Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) . . . . .                              | 124 |
| 1.  | Begriff . . . . .                                                                                   | 124 |
| 2.  | Entstehung . . . . .                                                                                | 125 |
| 3.  | Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Prozessführung in einfacher Streitgenossenschaft . . . . . | 125 |
| a)  | Gemeinsamer Gerichtsstand für alle Klagen . . . . .                                                 | 125 |
| b)  | Zusammenhang zwischen den einzelnen Klagen . . . . .                                                | 126 |
| 4.  | Bedeutung der subjektiven Klagenhäufung . . . . .                                                   | 126 |
| § 8 | DIE OBJEKTIVE KLAGENHÄUFUNG . . . . .                                                               | 127 |
| I.  | Im allgemeinen . . . . .                                                                            | 127 |
| A.  | Begriff . . . . .                                                                                   | 127 |

|     |                                                                          |     |
|-----|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| B.  | Entstehung . . . . .                                                     | 127 |
| C.  | Voraussetzungen für die Zulässigkeit objektiver Klagenhäufung . . . . .  | 128 |
| 1.  | Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes . . . . .                    | 128 |
| 2.  | Eignung für die gleiche Prozessart . . . . .                             | 129 |
| 3.  | Gleichartigkeit der verschiedenen Klagen . . . . .                       | 129 |
| D.  | Zweck . . . . .                                                          | 129 |
| II. | Die Widerklage . . . . .                                                 | 130 |
| A.  | Begriff . . . . .                                                        | 130 |
| B.  | Zeitpunkt für die Stellung des Widerklagebegehrens . . . . .             | 130 |
| C.  | Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Widerklage . . . . .          | 131 |
| 1.  | Erhebung einer Hauptklage . . . . .                                      | 131 |
| 2.  | Identität der Parteien . . . . .                                         | 131 |
| 3.  | Konnexität oder Gleichartigkeit der Klagen . . . . .                     | 132 |
| a)  | Interkantonal . . . . .                                                  | 132 |
| b)  | Kantonal . . . . .                                                       | 132 |
| D.  | Inhalt der Widerklage . . . . .                                          | 132 |
| E.  | Das Verfahren . . . . .                                                  | 132 |
| § 9 | DIE INTERVENTION IM PROZESS . . . . .                                    | 134 |
| I.  | Hauptintervention . . . . .                                              | 134 |
| A.  | Begriff . . . . .                                                        | 134 |
| B.  | Voraussetzungen . . . . .                                                | 134 |
| 1.  | Rechtshängigkeit . . . . .                                               | 134 |
| 2.  | Intervention eines unbeteiligten Dritten . . . . .                       | 134 |
| C.  | Zuständigkeit . . . . .                                                  | 135 |
| D.  | Zweck . . . . .                                                          | 135 |
| II. | Die Nebenintervention . . . . .                                          | 136 |
| A.  | Begriff . . . . .                                                        | 136 |
| B.  | Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Nebenintervention . . . . . | 136 |
| 1.  | Das rechtliche Interesse . . . . .                                       | 136 |
| 2.  | Die Rechtshängigkeit einer Klage . . . . .                               | 137 |
| C.  | Die Form der Nebenintervention . . . . .                                 | 138 |
| 1.  | Beitritt durch eine einfache Erklärung . . . . .                         | 138 |
| 2.  | Zeitpunkt der Intervention . . . . .                                     | 138 |

|                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Die Rechtsstellung des Intervenienten . . . . .                                        | 138 |
| a) Pflicht des Nebenintervenienten . . . . .                                              | 139 |
| b) Die Wirkung des Urteils auf den Nebenintervenienten . . . . .                          | 139 |
| D. Bedeutung des Rechtsinstitutes der Intervention . . . . .                              | 140 |
| § 10 DIE STREITVERKUENDUNG . . . . .                                                      | 141 |
| I. Begriff . . . . .                                                                      | 141 |
| II. Voraussetzungen für eine Streitverkündung . . . . .                                   | 141 |
| A. Das rechtliche Interesse . . . . .                                                     | 141 |
| B. Das Bestehen eines Prozesses . . . . .                                                 | 142 |
| III. Form . . . . .                                                                       | 143 |
| A. Schriftliche Prozesseingabe an das Gericht . . . . .                                   | 143 |
| B. Zeitpunkt für die Streitverkündung . . . . .                                           | 144 |
| IV. Die Rechtswirkung der Streitverkündung . . . . .                                      | 144 |
| A. Formelle Wirkung . . . . .                                                             | 144 |
| B. Die materielle Wirkung . . . . .                                                       | 145 |
| V. Weiterverkündung . . . . .                                                             | 146 |
| VI. Austritt der Hauptpartei aus dem Verfahren . . . . .                                  | 146 |
| A. Abstandserklärung . . . . .                                                            | 146 |
| B. Prozessübernahme . . . . .                                                             | 147 |
| § 11 Veränderung der Parteien während des Prozesses . . . . .                             | 148 |
| I. Uebergang des Streitgegenstandes . . . . .                                             | 148 |
| A. Vorbemerkung . . . . .                                                                 | 148 |
| B. Begriff . . . . .                                                                      | 148 |
| 1. Ausscheiden einer Partei . . . . .                                                     | 149 |
| a) Bei natürlichen Personen . . . . .                                                     | 149 |
| aa) Tod einer Partei während des Prozesses . . . . .                                      | 149 |
| bb) Entmündigung einer Partei . . . . .                                                   | 150 |
| cc) Konkurs einer Prozesspartei . . . . .                                                 | 151 |
| b) Bei juristischen Personen . . . . .                                                    | 151 |
| 2. Rechtsgeschäftliche Uebertragung des Streitobjektes während<br>des Prozesses . . . . . | 153 |
| II. Der Zeitpunkt der Veräusserung . . . . .                                              | 154 |
| 1. Im allgemeinen . . . . .                                                               | 154 |

|                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Bei Veräusserung unter Bedingung oder Befristung . . . . .                                                                                                         | 155 |
| a) Suspensivbedingung . . . . .                                                                                                                                       | 155 |
| b) Resolutivbedingung . . . . .                                                                                                                                       | 155 |
| III. Die prozessualen Folgen der Veräusserung . . . . .                                                                                                               | 156 |
| A. Im allgemeinen . . . . .                                                                                                                                           | 156 |
| B. Das Verbot der Veräusserung des Streitgegenstandes zum Nach-<br>teil der Gegenpartei . . . . .                                                                     | 157 |
| 1. Im allgemeinen . . . . .                                                                                                                                           | 157 |
| 2. Die Verfügungsbeschränkung gestützt auf vorsorgliche Mass-<br>nahmen . . . . .                                                                                     | 157 |
| 3. Die kantonalrechtliche Grundbuchsperre im besonderen . . .                                                                                                         | 158 |
| C. Die Prozessführungsbefugnis des Veräusserers . . . . .                                                                                                             | 160 |
| D. Die Parteiübernahme mit Zustimmung der Gegenpartei . . . . .                                                                                                       | 162 |
| E. Die prozessuale Stellung des Erwerbers . . . . .                                                                                                                   | 162 |
| F. Die Vollstreckung des Urteils nach erfolgter Veräusserung . . .                                                                                                    | 166 |
| G. Die Beteiligung des Erwerbers am Rechtsstreit . . . . .                                                                                                            | 167 |
| IV. Die Uebernahme des Prozesses durch den Erwerber . . . . .                                                                                                         | 168 |
| A. Allgemeines . . . . .                                                                                                                                              | 168 |
| B. Die Voraussetzungen für die Uebernahme des Prozesses durch<br>den Erwerber . . . . .                                                                               | 169 |
| 1. Das Einverständnis der Gegenpartei . . . . .                                                                                                                       | 169 |
| 2. Das Einverständnis des Erwerbers . . . . .                                                                                                                         | 170 |
| C. De lege ferenda . . . . .                                                                                                                                          | 170 |
| D. Der Vorgang der Uebernahme und die Stellung des Erwerbers<br>nach dem Eintritt in den Prozess . . . . .                                                            | 171 |
| E. Die Stellung des Veräusserers nach der Uebernahme des Pro-<br>zesses durch den Erwerber . . . . .                                                                  | 172 |
| § 12 DIE UNENTGELTLICHE RECHTSPFLEGE . . . . .                                                                                                                        | 173 |
| I. Zweck und Inhalt . . . . .                                                                                                                                         | 173 |
| II. Voraussetzungen für die Erteilung der unentgeltlichen Rechts-<br>pflege nach kantonalem Recht unter Berücksichtigung der eid-<br>genössischen Instanzen . . . . . | 174 |
| A. Vorbemerkung . . . . .                                                                                                                                             | 174 |
| B. Hinsichtlich der Person . . . . .                                                                                                                                  | 176 |
| 1. Natürliche Person . . . . .                                                                                                                                        | 176 |
| 2. Die Bedürftigkeit des Gesuchstellers . . . . .                                                                                                                     | 176 |

|      |                                                                                              |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C.   | Hinsichtlich der Sache . . . . .                                                             | 180 |
| 1.   | Die Aussichtslosigkeit der Streitsache . . . . .                                             | 180 |
| 2.   | Die Mutwilligkeit der Prozessführung . . . . .                                               | 181 |
| D.   | Hinsichtlich des Verfahrens . . . . .                                                        | 182 |
| III. | Das Verfahren für die Erlangung der Rechtswohltat der unentgeltlichen Rechtspflege . . . . . | 183 |
| A.   | Das Gesuch um Armenrecht . . . . .                                                           | 183 |
| 1.   | Form . . . . .                                                                               | 183 |
| 2.   | Inhalt . . . . .                                                                             | 184 |
| B.   | Der Zeitpunkt für die Einreichung des Gesuches . . . . .                                     | 185 |
| IV.  | Rechtsmittel gegen den Armenrechtsentscheid . . . . .                                        | 187 |
| A.   | Kantonale Rechtsmittel . . . . .                                                             | 187 |
| B.   | Bundesrechtliche Rechtsmittel . . . . .                                                      | 187 |
| V.   | Umfang und Dauer der unentgeltlichen Rechtspflege . . . . .                                  | 188 |
| A.   | Die Kostenbefreiung . . . . .                                                                | 188 |
| B.   | Der unentgeltliche Rechtsbeistand . . . . .                                                  | 189 |
| C.   | Beendigung der unentgeltlichen Rechtspflege . . . . .                                        | 190 |
| 1.   | Wegfall der Voraussetzungen für die Erteilung des Armenrechts . . . . .                      | 190 |
| 2.   | Beendigung aus Gründen, die bei der Person des Gesuchstellers liegen . . . . .               | 191 |
| a)   | Verzicht auf das Armenrecht . . . . .                                                        | 191 |
| b)   | Tod des Petenten . . . . .                                                                   | 191 |
| VI.  | Die Folgen der unentgeltlichen Rechtspflege nach Beendigung des Gerichtsverfahrens . . . . . | 191 |
| A.   | Grundsätzliche Regelung . . . . .                                                            | 192 |
| B.   | Die Folgen für die Armenrechtspartei bzw. für die Gegenpartei . . . . .                      | 193 |
| 1.   | Bei Obsiegen der Armenrechtspartei . . . . .                                                 | 193 |
| 2.   | Bei Unterliegen der Armenrechtspartei . . . . .                                              | 193 |
| C.   | Die Folgen aus der unentgeltlichen Verbeiständung . . . . .                                  | 193 |
| 1.   | Bei Obsiegen der Armenrechtspartei . . . . .                                                 | 193 |
| 2.   | Bei Unterliegen der Armenrechtspartei . . . . .                                              | 194 |
| § 13 | DER AUGENSCHHEIN . . . . .                                                                   | 195 |
| I.   | Begriff . . . . .                                                                            | 195 |
| II.  | Zweck . . . . .                                                                              | 196 |

|      |                                                                                    |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III. | Duldungspflicht des am Prozess nicht beteiligten Dritten . . .                     | 196 |
| § 14 | DAS SUMMARISCHE VERFAHREN . . . . .                                                | 197 |
| I.   | Allgemeines . . . . .                                                              | 197 |
| II.  | Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren . . . . . | 198 |
| A.   | In Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen . . . . .                                 | 198 |
| B.   | In Geschäften aufgrund des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts . . . . .  | 198 |
| C.   | Im Befehlsverfahren . . . . .                                                      | 199 |
| 1.   | Allgemeines . . . . .                                                              | 199 |
| 2.   | Anwendungsbereiche des Befehlsverfahrens . . . . .                                 | 200 |
| a)   | Die Realexekution . . . . .                                                        | 200 |
| b)   | Das abgekürzte Erkenntnisverfahren . . . . .                                       | 201 |
| c)   | Einstweilige Verfügungen . . . . .                                                 | 202 |
| d)   | Sicherstellung gefährdeter Beweise (vorsorgliche Beweis-aufnahme) . . . . .        | 204 |
| § 15 | DAS BESCHLEUNIGTE VERFAHREN . . . . .                                              | 205 |
| I.   | Vorbemerkung . . . . .                                                             | 205 |
| II.  | Das beschleunigte Verfahren im Kanton St.Gallen . . . . .                          | 205 |
| III. | Das beschleunigte Verfahren im Kanton Zürich . . . . .                             | 206 |

LITERATURVERZEICHNIS

- Bischofberger Walter, Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und des zürcherischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1973.
- Brulliard Germain, Procédure civile, Paris 1944.
- Burckhardt Walther, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. vollständig durchgesehene Aufl., Bern 1931 (zit. Burckhardt).
- Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1948, Nachdruck 1971 (zit. Burckhardt II).
- Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1969.
- Frei Hansjörg, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1970.
- Friedrich Hans-Peter, Das Stockwerkeigentum, Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 1301, Basel 1967.
- Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, 1. u. 2. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1967/1968.
- Gautschi Georg, Berner Kommentar, Der Werkvertrag, 2. neubearbeitete Aufl., Bern 1967.
- Giacometti Zaccaria, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
- Gschwend Willy, Das Befehlsverfahren in der St. Gallischen Zivilprozessordnung von 1939, Diss. Bern 1943.
- Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. bereinigte Aufl., bearbeitet von Hans Merz und Max Kummer, Zürich 1972 (zit. Guhl).
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, mit zwei Supplementen (zit. Guldener I).
- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (zit. Guldener II).
- Haab/Simonius/  
Scherrer/Zobl, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, von Dr. Robert Haab, Dr. August Simonius, Dr. Werner Scherrer, Dr. Dieter Zobl, Zürich 1977 (zit. Haab).

- Harnisch Arthur, Die Grundbuchberichtigungsklage nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1941.
- Homberger Arthur, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Art. 919 - 977, 2. umgearbeitete Aufl., Bd. 4, Zürich 1938.
- Grundeigentum IV (Nachbarrecht) Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 429, Genf 1942.
- Huber Eugen, Zum Schweizerischen Sachenrecht, 3 Vorträge mit Anmerkungen, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, 58. Heft, Bern 1914.
- Jaeger Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Unter Berücksichtigung der Praxis der Bundesbehörden und der Entscheidungen kantonaler Gerichte und Aufsichtsbehörden, für den praktischen Gebrauch, 3. vollständig neubearbeitete Aufl., Zürich 1911/12.
- Jenny Alexander, Die unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess nach Schweizerischem Recht, ungedruckte Diss. Zürich 1947.
- Jost Arthur, Die Realobligation als Rechtsinstitut mit besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen Sachenrechts, Bern 1956.
- Kaufmann Otto K., Rechtsfragen der Atomenergie-Gesetzgebung, in SJZ 53, S. 297 ff.
- Kupfer Hans, Die Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1945.
- Leemann Hans, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abt., Art. 641 - 729, 2. neubearbeitete Aufl., Bern 1920.
- Leuch G., Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts i. S. von Art. 56 B-OG oder kantonalen Rechts? SJZ 36, S. 293 ff.
- Liver Peter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730 - 792, Zürich 1968 (zit. Liver).
- Die Realobligation, ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit, ZBGR 43 (1962) (zit. Liver II).

- Lutz Oskar, Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St.Gallen, 2. Aufl. 1967.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, Abt.1, Das Eigentum, Teilband 1: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art.641 - 654, 4. Aufl., Bern 1966.
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Abt.1: Das Eigentum, Teilband 2: Grundeigentum I., Art.655 - 679, 3. Aufl., Bern 1965.
- Morel René, Traité élémentaire de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1949.
- Mosimann Rudolf, Der Generalunternehmervertrag im Baugewerbe, Diss. Zürich 1972.
- Roemer Rudolf, Der Rechtsschutz gegen Störung von Eigentum und Besitz sowie gegen Grundeigentumsüberschreitung, Diss. Bern 1948.
- Scheiwiler Viktor, Das Interesse des Grundeigentümers am Untergrund, gemäss Art.667 Abs.1 ZGB, Diss. Bern 1974.
- Schneider Benno, Das Schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Bern 1973.
- Schurter/Fritzsche, Emil Schurter/Hans Fritzsche, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, 3 Bde., Zürich 1924/1931/1933.
- Siegwart Alfred, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Personengesellschaften, Art.530 - 619, 2. Aufl., Bd 5. Teil 4, Zürich 1938.
- Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen, Art.620 - 659, 2. Aufl., Zürich 1945.
- Stark Emil, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Abt.3: Besitz und Grundbuch, Teilband 1: Der Besitz, Art.919 - 941 ZGB, Bern 1976.
- Stauffer, Einige Bemerkungen zum Gerichtsstand der gelegenen Sache, in ZBJV 58.
- Sträuli/Hauser, Gesetze über die Zürcherische Rechtspflege, 2.Aufl., Zürich 1935 (Kommentar zum GVG und zur ZPO).
- Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976.
- v. Tuhr Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2 Bände, Tübingen 1924/25.

- v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, II, 2. Aufl., Zürich 1942/44.
- Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., Zürich 1968.
- Vogel Hans, Die Streitverkündung im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1922.
- Von der Crone Hugo, Der Gerichtsstand der gelegenen Sache, Diss. Zürich 1955.
- Walder Hans Ulrich, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966 (zit. Walder).
- Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein Handbuch, Zürich 1977 (zit. Walder II).
- Waldis Aloys, Das Nachbarrecht, unter Berücksichtigung der kantonalen und bundesgerichtlichen Praxis, 4. Aufl., Zürich 1953.
- Wieland Carl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Bd.4, Zürich 1909.

Weitere Literaturangaben im Text.

## VERZEICHNIS DER RECHTSQUELLEN

### I. BUND

#### 1. Rechtssammlungen

- Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947 (BS)
- Sammlung der eidgenössischen Gesetze. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1948 ff. (AS)
- Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR)

#### 2. Verwendete Rechtsquellen

(In Klammer folgt zuerst die Fundstelle in der SR, dann gegebenenfalls die in der Arbeit verwendete Abkürzung).

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (101 / BV)
- BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (173.110 / B-OG)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (210 / ZGB)
- BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (220 / OR)
- BG vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (281.1 / SchKG)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (311.0 / StGB)
- BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (211.412.11 / EGG)
- BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (273 / BZPO)
- Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (742.101)

## II. KANTONE

### 1. Appenzell Ausserrhoden

#### a) Rechtssammlungen

- Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell A.-Rh.,  
(Am 15. November 1956 in Kraft stehende kantonale Erlasse)  
1. und 2. Band (BGS)
- Gesetzessammlung des Kantons Appenzell A.-Rh., laufende  
Bände III - V (nachgeführt und bereinigt bis 31. Dezember 1977)

#### b) Verwendete Rechtsquellen

- Verfassung des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 26. April 1908,  
Bereinigte Fassung, Stand 1. Januar 1976 (laufender Band V  
Nr. 691/KV)
- Gesetz des Kantons Appenzell A.-Rh. zur Einführung des schwei-  
zerischen Zivilgesetzbuches (Einführungsgesetz zum ZGB) vom  
27. April 1969 (laufender Band IV Nr. 504/EGzZGB)
- Gesetz über die Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell A.-Rh.  
vom 24. April 1955 mit Revisionen (BGS I. Band, Nr. 36/ZPO)
- Gesetz über den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 30. April  
1978 (noch nicht in der Gesetzessammlung enthalten) (StPO)
- Verordnung über die Zuständigkeit und die Organisation der kanto-  
nalen Gerichte (Zuständigkeitsverordnung) vom 18. Februar 1974  
(laufender Band V, Nr. 659)
- Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz betreffend Revision des  
10. Titels und des 10. Titels bis des Obligationenrechtes (Der  
Arbeitsvertrag) vom 13. März 1972 (laufender Band IV, Nr. 583)
- Verordnung über die Rechtskosten und Entschädigungen in der Zivil-  
und Strafrechtspflege des Kantons Appenzell A.-Rh. (Gebühren-  
ordnung) vom 17. Juni 1974 (laufender Band V, Nr. 657)

## 2. St.Gallen

### a) Rechtssammlungen

- Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (1956) (bGS)
- Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen, neue Reihe, 1956 - 1974 (Band 1 - 9)
- Systematische Gesetzessammlung des Kanton St.Gallen (sGS)

### b) Verwendete Rechtsquellen

Da noch nicht alle Erlasse in der Systematischen Gesetzessammlung zu finden sind, wird in Klammer zuerst die Fundstelle in der bGS oder der nGS, dann die Ordnungsnummer der sGS angegeben. In einer zweiten Klammer ist gegebenenfalls die in der Arbeit verwendete Abkürzung vermerkt.

- Verfassung des Kantons St.Gallen vom 16. November 1890 (nGS 6, 1/111.1 (KV)
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 3. Juli 1911 / 22. Juni 1942 (nGS 6, 39/911.1) (EGzZGB)
- Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939 (nGS 9, 241/961.1) (ZP)
- Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz) vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134)

### 3. Zürich

#### a) Rechtssammlungen

- Bereinigte Zürcher Gesetzessammlung per 1. Januar 1961 (ZG)
- Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des eidgenössischen Standes Zürich (OS)

#### b) Verwendete Rechtsquellen

- Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869 (OS 14, 549/KV)
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 (ZG 6, 3/EGzZGB)
- Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913 (ZG 6, 295/aZPO)
- Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (OS 46, 265/ZPO)
- Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 (OS 46, 209/GVG)
- Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft vom 22. September 1963 (OS 41, 545/LG)

## VERZEICHNIS DER JUDIKATUR

- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes,  
Amtliche Sammlung (BGE)
- St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (GVP)
- Entscheidungen des Kantonsgerichtes und seiner Abteilungen  
und Einzelrichter sowie des Handelsgerichtes und des  
Kassationsgerichtes des Kantons St.Gallen (veröffentlicht  
im Anhang zu den Amtsberichten, bis 1950) (KGE)
- Entscheidungen des Obergerichtes, der obergerichtlichen  
Kommissionen, des Obergerichtspräsidenten und des Kantons-  
gerichtes des Kantons Appenzell Ausserrhoden (veröffentlicht  
im Anhang zu den Rechenschaftsberichten über die Rechts-  
pflege, erstattet vom Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh.).

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

---

|        |                                                                                 |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------|
| Abs.   | Absatz                                                                          |
| Abt.   | Abteilung                                                                       |
| a.E.   | am Ende                                                                         |
| AG     | Aktiengesellschaft                                                              |
| a.M.   | anderer Meinung                                                                 |
| Anm.   | Anmerkung                                                                       |
| AR     | Appenzell Ausserrhoden                                                          |
| A.-Rh. | Ausserrhoden                                                                    |
| Art.   | Artikel                                                                         |
| AS     | Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1948 ff.                   |
| Aufl.  | Auflage                                                                         |
| aZPO   | alte Zürcher Zivilprozessordnung                                                |
| Bd.    | Band                                                                            |
| BE     | Bern                                                                            |
| betr.  | betreffend                                                                      |
| BG     | Bundesgesetz                                                                    |
| Bg     | Bundesgericht                                                                   |
| BGE    | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes        |
| BGS    | Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden                  |
| bGS    | Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen (1956)                        |
| B-OG   | Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 |
| BS     | Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (1848 - 1947)            |
| BV     | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874         |
| BZPO   | Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947                   |
| bzw.   | beziehungsweise                                                                 |
| dens.  | denselben                                                                       |
| d.h.   | das heisst                                                                      |
| d.i.   | das ist                                                                         |
| Diss.  | Dissertation                                                                    |
| E.     | Erwägung                                                                        |

|           |                                                                                                                    |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| éd.       | édition                                                                                                            |
| EG        | Kantonales Einführungsgesetz                                                                                       |
| EGG       | Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951                                    |
| EGzZGB    | Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch                                                              |
| Einl.     | Einleitung                                                                                                         |
| f. ff.    | folgend, folgende                                                                                                  |
| GmbH      | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                                                              |
| GVG       | Gerichtsverfassungsgesetz                                                                                          |
| GVP       | St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis                                                                       |
| insbes.   | insbesondere                                                                                                       |
| i.S.      | im Sinne, in Sachen                                                                                                |
| jur.      | juristisch / e                                                                                                     |
| i.V.      | in Verbindung                                                                                                      |
| KGE       | Entscheidungen des Kantonsgerichtes St.Gallen<br>(1862 - 1950)                                                     |
| Komm.     | Kommentar                                                                                                          |
| Kt.       | Kanton                                                                                                             |
| KV        | Kantonsverfassung                                                                                                  |
| Kass.Ger. | Kassationsgericht                                                                                                  |
| LG        | Landwirtschaftsgesetz                                                                                              |
| Lit.      | Literatur                                                                                                          |
| lit.      | littera                                                                                                            |
| m.a.W.    | mit andern Worten                                                                                                  |
| MBVR      | Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht                                                                      |
| m.E.      | meines Erachtens                                                                                                   |
| m.M.      | meiner Meinung                                                                                                     |
| N         | Note                                                                                                               |
| nGS       | Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen,<br>neue Reihe (1956 ff.)                                                   |
| NR        | Nationalrat                                                                                                        |
| Nr.       | Nummer                                                                                                             |
| OR        | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches<br>(Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 |
| OS        | Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen<br>des eidgenössischen Standes Zürich                 |

|            |                                                                               |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| Pr.        | Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes                                    |
| S.         | Seite                                                                         |
| s.         | siehe                                                                         |
| SchKG      | Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889             |
| SchlT      | Schlusstitel                                                                  |
| schweiz.   | schweizerische / n                                                            |
| SG         | St. Gallen                                                                    |
| sGS        | Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, systematische Reihe, ab 1975         |
| SJK        | Schweizerische Juristische Kartothek                                          |
| SJZ        | Schweizerische Juristen-Zeitung                                               |
| sog.       | sogenannte                                                                    |
| SR         | Systematische Sammlung des Bundesrechts                                       |
| StenBull   | Stenographisches Bulletin                                                     |
| StGB       | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937                         |
| StPO       | Strafprozessordnung                                                           |
| StWE       | Stockwerkeigentum                                                             |
| SVG        | Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 16. Dezember 1943                   |
| Syst. Teil | Systematischer Teil                                                           |
| u.         | und                                                                           |
| u. a.      | und andere, unter anderen                                                     |
| Ueb.       | Einführungs- und Uebergangsbestimmungen zur zürcherischen Zivilprozessordnung |
| usw.       | und so weiter                                                                 |
| u. U.      | unter Umständen                                                               |
| u. w.      | und weitere                                                                   |
| UWG        | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943            |
| v.         | von                                                                           |
| vgl.       | vergleiche                                                                    |
| VO         | Verordnung                                                                    |
| Vorbem.    | Vorbemerkung                                                                  |
| z. B.      | zum Beispiel                                                                  |
| ZBGR       | Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht                              |
| ZBJV       | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins                                    |

|       |                                                           |
|-------|-----------------------------------------------------------|
| ZG    | Bereinigte Zürcher Gesetzessammlung per 1. Januar 1961    |
| ZGB   | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907     |
| ZH    | Zürich                                                    |
| Ziff. | Ziffer                                                    |
| zit.  | zitiert                                                   |
| ZP    | Gesetz über die Zivilrechtspflege des Kantons St. Gallen  |
| ZPO   | Zivilprozessordnung (alle Kantone ausgenommen St. Gallen) |
| ZR    | Blätter für zürcherische Rechtsprechung                   |
| ZSR   | Zeitschrift für Schweizerisches Recht                     |
| z. T. | zum Teil                                                  |



## EINLEITUNG

Das private Grundeigentum spielt in unserm demokratischen Staat noch eine wichtige Rolle, sind doch Grund und Boden in der Schweiz, im Gegensatz etwa zu kommunistischen Diktaturen osteuropäischer Prägung, zum grossen Teil in den Händen von privaten Grundeigentümern. Wie es aber schon Schiller in seinem Zitat "Es kann der Frömmste nicht in Frieden leben, wenn es dem bösen Nachbarn nicht gefällt" andeutet, bringt ein solches Eigentum nicht immer nur eitel Freude, sondern ist oft auch mit Unannehmlichkeiten verbunden.

Durch das materielle Recht werden dem einzelnen Rechtsgenossen mit dem Eigentum auch Rechte und Pflichten zugeteilt. In der Regel erfüllt der Schuldner seine Verpflichtungen freiwillig, so dass sich ein zwangsweises Vorgehen gegen ihn erübrigt. Wann und wo immer einer solchen Verpflichtung nicht freiwillig nachgekommen wird, weil persönliche mit rechtlichen Interessen kollidieren oder weil sich die Rechtsgenossen über den Umfang der Verpflichtungen nicht einig sind, ist der Grundeigentümer gezwungen, für sein Recht den Prozessweg zu beschreiten.

Wie aufzuzeigen sein wird, stellen sich dem Grundeigentümer in mancher Hinsicht Probleme, wenn er gezwungen ist, sein Recht vor dem Richter zu suchen. Die Gesetze sehen denn oft eine spezielle Regelung vor, wenn ein Grundstück oder dingliche Rechte daran Gegenstand des Streites bilden. Die vorliegende Arbeit will, wie der Titel besagt, solche Probleme aufzeigen. Sie legt Schwierigkeiten dar, die sich dem Grundeigentümer stellen, wenn er als Kläger, Beklagter oder Streitbeizugter in einem Zivilprozess um sein Eigentum kämpfen muss.

Die einzelnen Probleme sind anhand der Zivilprozessordnungen der Kantone Appenzell Ausserrhoden, St.Gallen und Zürich ausgewählt worden. Die gesetzlichen Regelungen, die sich im grundsätzlichen entsprechen, wurden einander gegenübergestellt und wesentliche Abweichungen festgehalten.

In einem ersten Teil wurden das Grundeigentum und die damit in Zusammenhang stehenden Klagen wegen Entziehung, Beeinträchtigung oder Störung des Eigentums behandelt. Im zweiten Teil ging es darum, den Grundeigentümer als Prozesspartei zu durchleuchten. Um möglichst praxisbezogen zu bleiben, wurden die Gerichte, die Gerichtsbehörden und die Gerichtsorganisation in den drei erwähnten Kantonen im wesentlichen dargestellt. An konkreten Beispielen soll versucht werden, auch dem Laien die aufgezeigten Probleme verständlich zu machen.

Es war nicht der Sinn der vorliegenden Arbeit, einen Prozessrechtskommentar zu den drei genannten kantonalen Gesetzen zu schreiben. Dies hätte zweifellos den Rahmen der gestellten Aufgabe gesprengt. Es galt in erster Linie, anhand der Rechtsprechung der erwähnten Kantone und des Bundesgerichtes auf die häufigsten Probleme des Grundeigentümers im Prozess hinzuweisen und diese etwas näher zu beleuchten. Mit den aufgeworfenen Fragen konnte deshalb nicht jede mögliche Unsicherheit erfasst werden. Immerhin zeigt die Fülle der Probleme, dass es sich rechtfertigt, das Grundeigentum im Zusammenhang mit dem Prozessrecht zu betrachten.

## ERSTER TEIL

---

### Grundeigentum und Grundeigentümer

#### § 1 GEGENSTAND DES GRUNDEIGENTUMS

---

##### I. VORBEMERKUNG

Einer Abhandlung über den Grundeigentümer und seine Beziehung zum Prozessrecht muss einleitend eine kurze Begriffsbestimmung des Grundeigentums und der damit zusammenhängenden Institute vorausgehen.

Im 19. Titel des ZGB<sup>1</sup> gibt Art. 655 eine erste Definition des Grundeigentums bzw. der Grundstücke im allgemeinen, wo es heisst:

Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke.

Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. die Liegenschaften,
2. die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte,<sup>2</sup>
3. die Bergwerke,
4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken.

Art. 655 Abs. 1 ZGB bezeichnet Grundstücke als Gegenstand des Grundeigentums. Das Grundstück im engeren (landläufigen) Sinne wird im folgenden noch näher zu umschreiben sein.<sup>3</sup> Zu beachten ist, dass in der vorliegen-

---

<sup>1</sup> Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907, Stand 1. Januar 1976.

<sup>2</sup> Die selbständigen dinglichen Rechte sind vom Eigentum an einem herrschenden Grundstück unanhängig; sie sind auch nicht mit einem bestimmten Inhaber des Rechts unzertrennlich verbunden. Sie haben eine Existenz für sich und können deshalb beispielsweise auch veräussert werden. Sobald diese Rechte für die Dauer berechnet sind (nach ZGB mindestens 30, höchstens 100 Jahre), werden sie den Liegenschaften gleichgestellt und finden im Grundbuch Aufnahme.

<sup>3</sup> Auf Widersprüche in Begriffsdefinitionen einzugehen, fällt nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

den Arbeit die Begriffe "Liegenschaft" und "Grundstück", wenn nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird, gleichbedeutend gebraucht werden. Dies unter Berufung darauf, dass der Grundstücksbegriff im ZGB auch nicht konsequent im Sinne von Art. 655 Abs. 2 verwendet wird. Oft spricht das Gesetz nämlich von Grundstück, wenn zweifellos die Liegenschaft gemeint ist.<sup>1</sup> Ausserdem verstand der Gesetzgeber unter Grundstück die unbewegliche Sache, die Liegenschaft, d.h. die festumgrenzten Teile der Bodenfläche mit oder ohne Bauten.<sup>2</sup>

## II. DER BEGRIFF DES GRUNDSTUECKES IM ENGEREN SINNE

Das Gesetz selber gibt keine Begriffsbestimmung der Liegenschaft, des Grundstückes im eigentlichen Sinne. Ein "Grundstück" ist kein von Natur gegebener, sondern ein erst durch die Rechtsordnung geschaffener Begriff. Es stellt einen abgegrenzten oder abgegrenzt gedachten Teil der Erdoberfläche dar. Liegenschaften sind demnach als räumlich abgegrenzte Teile der Erdoberfläche zu verstehen.<sup>3</sup> Dementsprechend ist die Liegenschaft in Art. 1 Abs. 2 der Verordnung betreffend das Grundbuch definiert: "Liegenschaft ist jede Bodenfläche mit genügend bestimmten Grenzen."

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa Art. 658 ff. oder 950 ff. ZGB.

<sup>2</sup> StenBull NR Nr. 16 (1906) S. 527; zu beachten ist, dass damals die Bergwerke, anders als heute, offenbar als unbewegliche Sache betrachtet wurden. Vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 655 N 54, 55.

<sup>3</sup> Auch die Gewässer können zu Grundstücken gehören oder einen speziellen Eigentümer haben. Dies wird im allgemeinen zu wenig beachtet. Die privaten Gewässer bilden regelmässig einen Bestandteil des Grundstückes auf dem oder in dem sie sich befinden. Im Gegensatz zu den Quellen und zum Grundwasser (Art. 704 ZGB) kann ein Privatgewässer aber auch einen besonderen Eigentümer haben; es braucht nicht notwendigerweise zu einem der anstossenden Ufergrundstücke zu gehören. In der Benutzung und Ausbeutung des Privatgewässers ist der Eigentümer weitgehend durch das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone eingeschränkt; es kann von ihm von Bundesrechts wegen, im Interesse des allgemeinen Wohles, die Abtretung seines Gewässers und unter Umständen sogar des umliegenden Bodens verlangt werden (Art. 711 und 712 ZGB). Bei stehenden (geschlossenen) Gewässern, ohne stetigen Zu- und Abfluss, erstreckt sich das Eigentum nicht nur auf das "Bett" des Gewässers, sondern auch auf das eingeschlossene Wasser. Bei fliessenden

### III. GRUNDSTUECKEIGENTUM

#### 1. Begriff

Grundstückeigentum ist das Recht vollständiger und ausschliesslicher Herrschaft über ein Grundstück. Begründet wird das Herrschaftsverhältnis über ein Grundstück durch das dingliche Eigentumsrecht, welches mit einer positiven Seite im Innern des Herrschaftsraumes und mit der negativen Seite nach aussen wirkt. Die positive Seite der Eigentumsherrschaft gibt dem Eigentümer das Recht tatsächlicher und rechtlicher Verfügung über das Eigentum innerhalb der Grenze, welche dem Eigentum von der Rechtsordnung gesetzt wird. Die negative Seite der Eigentumsherrschaft bedeutet, dass der Eigentümer die Sache von jedem, der sie ihm vorenthält, herausverlangen und jede Einwirkung Dritter, sofern er nicht verpflichtet ist, eine solche zu dulden, abwehren kann. Die Formulierung, dass der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen kann, muss insofern eine Einschränkung erfahren, als der Grundstückeigentümer seine Herrschaftsbefugnisse nur soweit ausüben darf, als nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Diese Beschränkungen sind teils im öffentlichen, teils im Privatrecht begründet. Von dem Ausmass und der Ausgestaltung dieser Beschränkungen hängt in Wahrheit der wirkliche Charakter des Eigentums ab.

Somit ist die Ansicht richtig, dass nicht der Geometer, sondern der Jurist die "wahre Grenze" zwischen den einzelnen Grundstücken zieht, denn der Jurist hat den Eigentumsinhalt zu bestimmen, als die Summe aller Rechte

---

Gewässern dagegen bezieht sich das Eigentum nur auf das Gewässerbett und auf das Recht, das Gewässer als solches zu benützen; dagegen wird das frei fliessende Wasser nicht vom Eigentum erfasst, denn die einzelne Wasserwelle ist der dauernden Beherrschung und damit dem Eigentum entzogen. Aus diesem Grunde hat jedermann das Recht, sofern er freien Zutritt zum Gewässer hat, daraus Wasser zu schöpfen, solange dies in einem Masse geschieht, in welchem das Gewässer als solches nicht beeinträchtigt wird.

Zum Begriff des Grundstückes vgl. Meier-Hayoz, Art. 655 N 7 ff.

und Pflichten, die dem Einzelnen von der Rechtsordnung zugewiesen sind. Der Geometer bestimmt den körperlichen Inhalt eines Grundstückes. Seine Aufgabe ist es, die Ausdehnung des Eigentumsgegenstandes festzulegen, dessen Grenzen in der Folge durch die Grundbuchpläne und die Abgrenzungen auf dem Grundstück selbst angegeben werden.

## 2. Inhalt

Innerhalb der Grenzen des Art. 668 ZGB erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für seine Ausübung ein Interesse besteht.<sup>1</sup> Es umfasst nach Abs. 2 auch alle Bauten, Pflanzen und Quellen als Dinge, die sich teils unter, teils über der Erdoberfläche befinden. Damit kommt Art. 667 ZGB räumliche und rechtliche Bedeutung zu.

Für die juristische Abgrenzung der dem Eigentümer zukommenden Rechte und Pflichten sind insbesondere die Art. 641, 679 und 684 ZGB im Zusammenhang zu sehen. Art. 641 enthält die allgemeinen Eigentümerkompetenzen, während Art. 679 die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers regelt und da Platz greift, wo durch Ueberschreitung des Eigentumsrechts an Grundstücken ein Schaden droht oder entsteht. Demgegenüber stellt Art. 684 eine "nähere Ausführungsbestimmung"<sup>2</sup> zu Art. 641 dar. Er regelt als nachbarrechtliche Norm einen Teil des dem Eigentümer zustehenden Benützungsrechts und präzisiert damit Art. 641 ZGB, indem der Artikel, wie Haab<sup>3</sup> ausführt, "hinsichtlich der Immissionen die Voraussetzungen des mit dem Eigentumsfreiheitsanspruch geltend zu machenden Verbotungsrechts umschreibt." Art. 684 ist aber auch ein Spezialfall zu Art. 679 ZGB, welcher die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers regelt und zur Anwendung kommt, sobald der Berechtigte in irgendeiner Art und Weise sein Eigentumsrecht überschreitet und dadurch Schaden verursacht.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 667 Abs. 1 ZGB; vgl. Scheiwiler, S. 46 ff.

<sup>2</sup> BGE 40 II 29.

<sup>3</sup> Art. 684 N 1 ZGB.

<sup>4</sup> BGE 60 II 329/330.

Das Herrschaftsrecht des Grundeigentümers erschöpft sich aber nicht in der Beherrschung seines eigenen Grundstückes mit all seinen Bestandteilen nach der positiven und negativen Seite hin, sondern es gestattet dem Grundeigentümer auch auf eine ihm nicht gehörende nachbarliche Liegenschaft soweit einzuwirken, als dem Eigentümer derselben, genau wie ihm selbst, durch die Rechtsordnung Duldungspflichten auferlegt worden sind.

#### IV. DER GRUNDEIGENTUEMER ALS KLAEGER ODER BEKLAGTER IM ZIVILPROZESSRECHT

---

Durch die örtliche Gebundenheit der Grundstücke erzeugt die Ausübung des Eigentumsrechts zwangsläufig Einwirkungen auf die angrenzenden Liegenschaften und deren Herrschaftsräume. Dadurch wird das friedliche Zusammenleben und die Sicherheit der benachbarten Grundeigentümer gefährdet, wenn allfällige Beeinträchtigungen nicht in einem erträglichen Rahmen gehalten werden können. Deshalb ist auch ein unbeschränktes Herrschaftsrecht des Eigentümers praktisch undenkbar.

Auch wenn für die Ausübung des Eigentums Richtlinien aufgestellt werden, so ist es doch nicht möglich, zum vorneherein jegliche Störung auszuschalten. Beeinträchtigungen durch Ausübung des Grundeigentums liegen hauptsächlich etwa in der Errichtung von Bauten, in der Vornahme von Grabungen, im Anpflanzen und Wachsenlassen von Pflanzen, ferner in der Immissionen erzeugenden Bewirtschaftung des Grundstückes oder in der Benützung eines Teils desselben zu irgendeinem bestimmten Zweck.

Gegen solche Einwirkungen muss der Grundeigentümer geschützt werden. Dies ergibt sich schon aus Art. 22 ter der Bundesverfassung,<sup>1</sup> der dem Grundeigentum durch die darin statuierte Eigentumsgarantie weitgehenden

---

<sup>1</sup> Auch die meisten Kantonsverfassungen garantieren mehr oder weniger weitgehend das Eigentum und die Privatrechte überhaupt: Appenzell A.-Rh. KV Art. 12; St. Gallen KV Art. 31; Zürich KV Art. 4; Vgl. Giacometti, Das Staatsrecht der Schweiz. Kantone, Zürich 1941, S. 161 Anm. 41; Imboden, SJZ 40, S. 269 ff.; AR und SG sprechen von der "Unverletzlichkeit des Privateigentums", ZH garantiert in Art. 4 der KV den Schutz aller "wohlerworbenen Privatrechte".

Schutz gewährt. Worin im einzelnen dieser Schutz besteht, ist eine Frage des Prozessrechts. Dieses zu regeln, liegt, gemäss Art. 64 BV, in der Kompetenz der Kantone. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass sich der Grundeigentümer auf dem Klageweg vor den ordentlichen Gerichten gegen Entziehung des Besitzes oder sonstige Störungen in seinem Eigentum zur Wehr setzen kann.<sup>1</sup> Soweit von dritter Seite irgendwelche unzulässige Einwirkungen auf das Grundstück erfolgen, hat er ein Verbotungsrecht. Ist eine Beeinträchtigung des Grundstückeigentümers in seinen Rechten zwar noch nicht erfolgt, steht sie aber unmittelbar bevor, so kann er auf dem Wege einer "vorbeugenden Unterlassungsklage" (Präventivklage) die zu befürchtenden Beeinträchtigungen verhindern.

Im Einzelfall können die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung der Störung deshalb entfallen, weil der Grundstückeigentümer "zur Duldung verpflichtet" ist. Eine solche Duldungspflicht kann in einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, etwa in einer Grunddienstbarkeit zugunsten des Störers, im öffentlichen Recht oder im Nachbarrecht bestehen. Dieser Aktivlegitimation zu den verschiedenen Klagen des Grundeigentümers einerseits entspricht andererseits notgedrungen die Passivlegitimation des Eigentümers des Grundstückes, von dem die Störung ausgeht.<sup>2</sup>

Es können aber nicht nur übermässige Einwirkungen, sondern auch Meinungsverschiedenheiten bezüglich Berechtigung oder Belastung eines Grundstückes, der Inhalt einer Grunddienstbarkeit und anderes mehr, zu Klagen Anlass geben. Wie weitgefächert sich die Klagen über Eigentum oder andere Rechte an Grundstücken darstellen, wird im folgenden aus den Ausführungen in Paragraph 2 ersichtlich.

---

<sup>1</sup> Das Eigentum wird aber auch von Amtes wegen polizeilich geschützt: gegen offenbare böswillige Verletzung, z.B. bei Einbruch, Diebstahl, Sachbeschädigung.

<sup>2</sup> Womit nicht gesagt ist, dass nur eine Störung zur Klage berechtigt, die von einem Nachbargrundstück ausgeht.

## § 2 KLAGEN UEBER EIGENTUM ODER ANDERE DINGLICHE RECHTE AN GRUNDSTUECKEN

=====

### I. VORBEMERKUNG

Ein Prozessverfahren wird vom Gericht nicht von Amtes wegen eröffnet, sondern nur auf Klage hin.<sup>1</sup> Eine Klage ist deshalb das Gesuch an das Gericht, durch welches der Kläger das Prozessverfahren in Gang setzt. Er ersucht das Gericht um Rechtsverwirklichung durch Ausfällung eines Urteils, d.h. der Kläger verlangt vom Gericht eine Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand behaupteter Rechte oder Rechtsverhältnisse.

Es ist Aufgabe der Zivilgerichte, die Privatrechtsordnung zu verwirklichen. Entsprechend der Vielfalt der aus dem Privatrecht und dessen Ausübung sich ergebenden Situationen, sind auch die Gründe für eine Klage äusserst mannigfaltig. Dem Thema dieser Arbeit folgend, interessieren hier vor allem jene Klagen, die im Zusammenhang mit Eigentum oder mit dinglichen Rechten an Grundstücken an die Gerichte herangetragen werden. Im folgenden wird deshalb nur auf die häufigsten Klagen betreffend Grundeigentum und ihre rechtliche Behandlung in der Literatur hingewiesen.

### II. KLAGEN AUS DEM EIGENTUM

Das ZGB anerkennt einmal das Eigentum als das umfassendste dingliche Recht in Art. 641 ZGB.<sup>2</sup> Es ist dasjenige Recht an einer Sache, welches dem Berechtigten alle Befugnisse darüber zuweist, die nicht durch Rechtsordnung oder Rechtsgeschäft ausgenommen werden. Der Eigentümer kann die Sache in den durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen gebrauchen,

---

<sup>1</sup> Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter, vgl. Guldener I, S. 125.

<sup>2</sup> Zu Inhalt und Schranken des Eigentums sei statt aller auf Meier-Hayoz, Art. 641 N 1-3, zur Begriffsfrage auf dens., Syst. Teil N 199 ff., und Liver, Einl. N 81, verwiesen.

verbrauchen oder verändern wie er will und wie seine persönlichen Fähigkeiten es ihm gestatten (auch jede neu aufkommende Art der Nutzung ist ihm erlaubt), ja er kann die Sache auch aufgeben. Das Eigentum bezieht sich sowohl auf Immobilien (Art. 667 ff. ZGB) als auch auf Mobilien (Art. 713 ff. ZGB).

Daneben befinden sich die beschränkten dinglichen Rechte,<sup>1</sup> die ihrem Inhaber eine nach ihrem Umfang beschränkte unmittelbare Sachherrschaft gestatten. Diese sind festgehalten in Art. 730 ff.<sup>2</sup>

#### A. Die Klage aus der Vorenthaltung des Eigentums (Eigentumsklage)

---

Gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB hat der Eigentümer, analog der römisch rechtlichen "rei vindicatio", gegen den besitzenden Nichteigentümer, der ihm sein Eigentum vorenthält, einen Anspruch auf die Herausgabe der Sache.<sup>3,4</sup> Ziel der Klage ist, dem Eigentümer den unmittelbaren Besitz an der bestimmten Sache zu übertragen. Die Eigentumsklage geht also auf Leistung, nicht auf Feststellung. In einem Urteil muss denn auch nicht das Bestehen oder Nichtbestehen des Eigentums des Klägers festgestellt, sondern nur der geltend gemachte Herausgabeanspruch gutgeheissen oder abgewiesen werden.

---

<sup>1</sup> Meier-Hayoz, Syst. Teil N 146. Er spricht von Nutzungs- und Verwaltungsrechten.

<sup>2</sup> Als beschränkte dingliche Rechte nennt das ZGB die Dienstbarkeiten. Diese unterscheiden sich in Grunddienstbarkeiten, Art. 730 ff., Nutznießung und andere Dienstbarkeiten, Art. 745-781, Grundlasten, Art. 782 ff., und die Pfandrechte. Letztere werden noch in das Grundpfand, Art. 793 ff., und das Fahrnispfand, Art. 884 ff. ZGB unterteilt. Die Grundlasten stellen sich sowohl als Nutzungs- wie auch als Wertrechte dar. Sie gewähren dem Berechtigten insofern einen Nutzen, als der jeweilige Eigentümer des beschwerten Grundstückes zu einem positiven Tun verpflichtet ist. Das Grundstück haftet mit seinem Geldwert dafür, dass die Leistung vom jeweiligen Eigentümer erbracht werde. Als eine solche Grundlast zeigt sich beispielsweise das Sägereirecht: Der Sägereiinhaber ist verpflichtet, das Holz des Nachbarn zu einem Vorzugspreis zu sägen.

<sup>3</sup> Haab, Art. 641 N 33, Vorbem. vor Art. 713 N 11; Meier-Hayoz, Art. 649 N 39; Leemann, Art. 641 N 31.

<sup>4</sup> Der Klage auf Herausgabe entspricht bei Grundstücken die Klage auf Berichtigung des ungerechtfertigten Grundbucheintrages.

Beispiel: Der Besitzer einer Eigentumswohnung hat diese an M. vermietet. Dieser seinerseits hat das Benutzungsrecht an U. abgetreten. Der Untermieter verlässt die Wohnung auf den ordentlichen Kündigungstermin nicht.

Der Eigentümer hat nun verschiedene Möglichkeiten: Er kann eine Klage gegen M. anheben, oder er kann direkt gegen den Untermieter vorgehen und diesen mit Verfügung des Einzelrichters ausweisen lassen <sup>1</sup> (wenn nötig mit Polizeigewalt). Geht der Eigentümer gegen U. vor, so wird dieser gut daran tun, M. den Streit zu verkünden.

Neben der Eigentumsklage stehen dem Eigentümer von Fall zu Fall noch weitere Hilfsmittel zur Verfügung. Er kann einmal einen Anspruch mit der Eigentumsfeststellungsklage feststellen lassen.<sup>2</sup> Wird die Sache dem Eigentümer nicht vorenthalten, sondern auf andere Weise gestört, so kann der Beeinträchtigte durch die Eigentumsfreiheitsklage Abhilfe verlangen.<sup>3</sup> Bei Grundstücken kann neben oder statt der Eigentumsklage eventuell auch die Grundbuchberichtigungsklage in Frage kommen.<sup>4</sup>

## B. Die Grundbuchberichtigungsklage im besonderen

Ist ein Eintrag im Grundbuch nicht gerechtfertigt, oder wurde er in unzulässiger Weise abgeändert, so liegt darin ebenfalls eine Verletzung des dinglichen Rechts. In diesen Fällen steht dem materiell Berechtigten anstelle der Vindikation die Grundbuchberichtigungsklage gemäss Art. 975 ZGB zu.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Dies ist in der zürcherischen ZPO ausdrücklich vorgesehen, vgl. § 222 Ziff. 2 im Befehlsverfahren, bei klarem Recht. Im übrigen würde auch eine Besitzschutzklage nach Art. 926/928 ZGB zum Ziele führen. Vgl. unten, S. 26 ff.

<sup>2</sup> Vgl. unten, S. 32; BGE 81 II 199.

<sup>3</sup> Vgl. unten, S. 12 ff.

<sup>4</sup> Vgl. nachstehend B.

<sup>5</sup> Vgl. Meier-Hayoz, Art. 641 N 39 u. 95 ZGB.

Beispiel: V. verkauft eine Liegenschaft an K. Es stellt sich heraus, dass der Kauf wegen eines wesentlichen Irrtums unverbindlich ist. K. ist aber bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Ziel der Klage ist die Feststellung der wahren Rechtslage; gestützt auf diese kann dann vom Grundbuchführer die Richtigstellung des Grundbucheintrages verlangt werden. Sie ist also darauf gerichtet, "einen unrichtigen Eintrag im Grundbuch zu beseitigen und dadurch die Uebereinstimmung zwischen dem bestehenden materiellen Recht und dem durch das Grundbuch zum Ausdruck gebrachten Recht herzustellen."<sup>1</sup> Sie erweist sich somit als "eine bundesrechtlich gewährleistete Feststellungsklage mit dem - mittelbaren - Ziel der Grundbuchberichtigung."<sup>2</sup>

#### C. Die Klage aus der Beeinträchtigung des Eigentums (Eigentumsfreiheitsklage)

---

Die Eigentumsfreiheitsklage (Abwehrklage, Negatorienklage) gemäss Art. 641 Abs. 2 a.E. ist die Klage des beeinträchtigten Eigentümers gegen den Störer, die darauf ausgeht, ungerechtfertigte Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Harnisch, S. 7. Der im Grundbuch als Eigentümer Eingetragene wird als Eigentümer vermutet (Art. 937 ZGB). Es besteht auch eine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit der Grundbuchpläne (Art. 668 Abs. 2 ZGB), d.h. der dem Grundbuch durch Art. 973 ZGB verliehene öffentliche Glaube erstreckt sich auch auf die Plangrenzen (Tuor, S. 476). Es ist deshalb möglich, die flächenmässige Ausdehnung eines Grundstückes mit Sicherheit zu ermitteln. Streitigkeiten um den Grenzverlauf sind, sofern das Grundbuch eingeführt ist, in diesen Gemeinden praktisch ausgeschlossen, es sei denn, dass gegen die gesetzliche Vermutung von Art. 668 Abs. 2 ZGB der Gegenbeweis angetreten würde.

<sup>2</sup> Roemer, S. 71. Es soll festgestellt werden, dass bestimmte Grundbucheinträge ungerechtfertigt und deshalb zu löschen bzw. zu korrigieren sind. Zur Feststellungsklage als solche vgl. unten, S. 30 ff.

<sup>3</sup> Die Zivilgerichte vermögen aber nur dann den privatrechtlichen Immissionsschutz zu verwirklichen, wenn ein Kläger auftritt und das Risiko eines Prozesses mit allen seinen Kosten und Gefahren auf sich nimmt. Heute wird zwar auch durch das öffentliche Recht das Eigentum gegen übermässige Immissionen geschützt. So ist es Sache der Ortsplanung zu bestimmen, wo Fabriken, Schweinemästereien etc. aufgestellt werden

Als "Einwirkungen", die ein Grundeigentümer nicht zu dulden hat, sind Handlungen oder Folgen von Handlungen bzw. Unterlassungen zu betrachten, welche die Ausübung des Eigentumsrechts in einer bestimmten Richtung hemmen oder erschweren.

Beispiel: A. ist Eigentümer eines idyllisch gelegenen Gasthofes, welcher hauptsächlich im Sommer besucht wird. B. hat auf der unmittelbar angrenzenden Liegenschaft einen Tierpark angelegt, in welchem er neben Rehen und Fasanen auch Pfauen, Truthähne und Perlhühner hält. Wegen des von den letzteren zwei Tiergattungen verursachten Nachtlärms erhob der Gasthofbesitzer Klage: seine Gäste seien durch das Geschrei der Vögel in ihrer Nachtruhe gestört worden und deshalb abgereist.

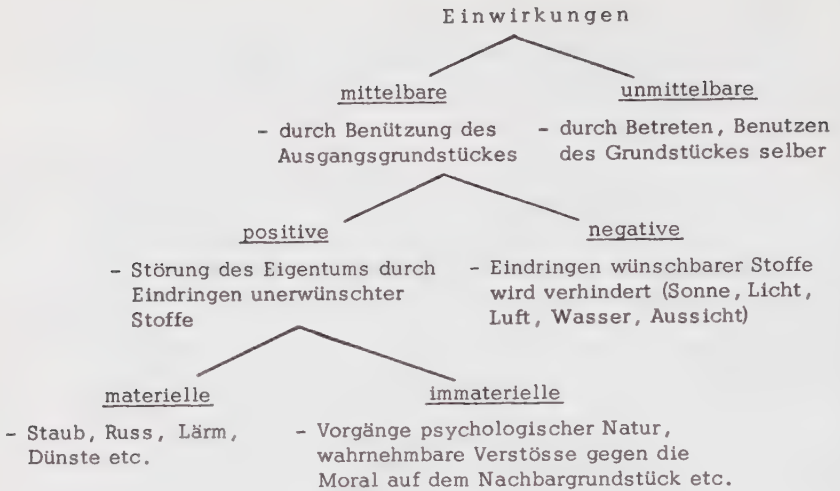
Das Gericht hat den von den Tieren verursachten Lärm als übermässige Einwirkung im Sinne von Art. 684 Abs. 1 ZGB angesehen und B. zu Recht verpflichtet, dafür zu<sup>1</sup> sorgen, dass der verursachte Nachtlärm vermieden werde.

Der Begriff der "Einwirkung" umfasst alles, was einen von aussen kommenden, auf dem Grundstück wahrnehmbaren Einfluss in die Rechtssphäre des Grundeigentümers ausüben kann.

---

dürfen. Innerhalb der Regelung des Strassenverkehrs werden Beschränkungen des Motorenlärms erlassen; öffentlichrechtliche Bestimmungen sorgen für die Sonntagsruhe und die tägliche Ruhezeit. Bisweilen gehen lokale Vorschriften bis ins Detail und legen gar Zeiten für Teppichklopfen, Rasenmähen etc. fest.

<sup>1</sup> BGE 40 II 26 ff.



Nur ein ungerechtfertigter Eingriff berechtigt zur Abwehr. Die Kriterien für die Bestimmung der Ungerechtfertigkeit sind zum Teil vom Gesetzgeber in den Bestimmungen des Nachbarrechtes gegeben worden, so namentlich in Art. 684 ZGB, aber auch in Art. 679 ZGB. Zum Teil müssen sie aber auch vom Richter auf dem Wege freier Rechtsfindung (ZGB 1) festgelegt werden,<sup>1</sup> wobei nach Stark (SJZ 71, S. 217) der Ermessensspielraum weit ist.

---

<sup>1</sup> Ungerechtfertigt ist, was übermässig ist. BGE 101 II 249 f.; in BGE 93 II 234/35 hat das Bg festgestellt, dass der Anspruch auf Schutz vor drohendem Schaden aus Art. 679 ZGB nur bestehe, sofern der Eigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet. Weiter führt das oberste Gericht aus, dass eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts nur in einem menschlichen Verhalten liegen könne, das mit der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück, d. h. mit dessen Bewirtschaftung oder sonstigen Benützung zusammenhänge. Einwirkungen, die ausschliesslich durch Naturereignisse verursacht werden, würden daher nicht unter den Begriff der Eigentumsüberschreitung fallen (BGE 91 II 484 E. 6). Ein rein passives Verhalten könne, mangels eines Zusammenhanges mit der Bewirtschaftung oder Benützung des Grundstückes, in der Regel die Verantwortlichkeit aus Art. 679 ZGB nicht begründen. Ein Unterlassen könne unter dem Gesichtspunkt von Art. 679 ZGB nur erheblich sein, wenn ein Grundeigentümer die Vorkehrungen nicht treffe, die nötig seien um zu verhindern, dass infolge von gegenwärtigen oder früheren Bewirtschaftungs- oder Benützungshandlungen Gefahren für die Nachbarn entstehen. In BGE 91 II 103 wird - allerdings ohne einlässliche Begründung - dem bauenden Grundeigentümer während der Bauzeit das Privileg übermässiger Einwirkungen auf die Nach-

Erfährt ein dingliches Recht nun eine solche Beeinträchtigung von Seite eines Dritten, so entsteht für den Berechtigten ein dinglicher Anspruch, der zur Durchsetzung des gestörten Rechtes dient, es sei denn, die Sache sei durch die Beeinträchtigung zerstört worden. In diesen Fällen ist mit der Sache auch das dingliche Recht daran untergegangen<sup>1</sup> und dem dinglich Berechtigten bleibt nur ein obligatorischer Schadenersatzanspruch aus Art. 41 OR gegenüber dem Störer bzw. Zerstörer.<sup>2</sup>

Neben der Negatorienklage kann der besitzende Eigentümer oder Berechtigte aus beschränktem dinglichen Recht mit den Besitzeschutzklagen einen vorläufigen Schutz seines Besitzes und damit seines dinglichen Rechts erwirken.<sup>3</sup> Drohen aber weitere Störungen, so ist der Eigentumsfreiheitsanspruch geltend zu machen und eine Klage auf Unterlassung der Störung gegen.

Beispiele:

- Ein Fussgänger nimmt zur Abkürzung seines Heimweges regelmässig den Weg über ein fremdes Grundstück. Der Liegenschaftsbesitzer will dem Störer den Weg über seine Wiese verbieten und Ersatz für den entstandenen Schaden verlangen. Aufgrund von Art. 641 Abs. 2 ZGB kann er dem Eindringling aber nur das Betreten dieses Grundstückes verbieten. Um ihn zum Ersatz des Schadens, der durch die unerlaubte Ueberschreitung des Grundstückes entstanden

---

bargrundstücke, soweit sie bei der Ausführung der Baute unvermeidlich sind, zuerkannt. Nach Stark kann diese Lösung aber nur zumutbar sein, wenn die Einwirkung zeitlich beschränkt ist (SJZ 71, S. 218). Es steht in diesem Fall das Eigentums-Ausübungsrecht des Grundeigentümers den Unterlassungsansprüchen der Nachbarn gegenüber. Unbestritten ist nach herrschender Lehre und Praxis (vgl. Meier-Hayoz, Art. 684 N 220 ff. und dort zit. Lit. und Judikatur) die Entschädigungspflicht des Störers, die sich m.E. aus der in Art. 679 ZGB statuierten Schadenersatzpflicht ergibt. Vorgehend darf hier allerdings nichts unversucht gelassen werden, mit entsprechenden Schutzvorrichtungen die Immissionen auf das geringste Mass zu reduzieren. Die Frage der Zumutbarkeit solcher Schutzvorrichtungen hat m.M. nach der Richter unter Würdigung aller Umstände (finanzielle Stärke des Bauherrn und dessen Interessen, notwendige Baute oder Luxusprojekt etc.) zu beurteilen.

<sup>1</sup> Haab, Art. 666 N 1 ZGB.

<sup>2</sup> Haab, Art. 641 N 49 ZGB; Meier-Hayoz, Art. 641 N 96 ZGB.

<sup>3</sup> Art. 928 ZGB. Besitzeschutzklage, vgl. unten, S. 26 ff.

ist, verpflichtet zu können, muss er ihn, wegen unerlaubter Handlung, nach Art. 41 OR belangen.

- Der Pächter P. der Liegenschaft A. lässt des Nachts seine Kühe und Rinder mit umgebundenen Glocken weiden und stört damit den Schlaf des B., der Eigentümer des Nachbargrundstückes ist. B. kann nun mit einer "actio negatoria" gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB auf Unterlassung der Störung gegen P. klagen. Der Pächter haftet ihm nach Art. 41 ff. OR für einen eventuellen Schaden. B. hat aber auch die Möglichkeit, Klage gegen A. zu erheben, als gesetzlich verantwortlicher Grundeigentümer.<sup>1</sup>

#### D. Die Klage aus der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers

---

Das Gegenstück zum Eigentumsfreiheitsanspruch gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB bildet - soweit es sich um Grundeigentum handelt<sup>2</sup> - der Art. 679 ZGB. Der Eigentümer hat nämlich nicht nur ein Recht auf die ungestörte Herrschaftsausübung, sondern er ist umgekehrt auch für allen Schaden verantwortlich, den er infolge Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen seines Eigentums verursacht.

Art. 679 ZGB umschreibt also nicht die Rechte, sondern den Pflichtenkreis des Eigentümers, und zwar des Grundeigentümers.<sup>3</sup> Anknüpfungspunkt und entscheidendes Kriterium ist nach herrschender Lehre und Praxis ein "abus du droit de propriété",<sup>4</sup> d.h. eine Ueberschreitung der dem Grundeigentümer von der Rechtsordnung gezogenen Schranken, die namentlich durch das Nachbarrecht (Art. 684 ff.) umschrieben sind. Nicht jeder gering-

---

<sup>1</sup> Vgl. bezüglich des Sachverhaltes BGE 101 II 248 ff.

<sup>2</sup> BGE 88 II 263.

<sup>3</sup> Die Verantwortlichkeit für das Ueberschreiten der dem Eigentum gesetzten Schranken kann aber auch einen Dienstbarkeitsberechtigten (Liver, Art. 737 N 107 ZGB) und nach neuester Rechtsprechung des Bg auch den am Grundstück nur obligatorisch (persönlich) Berechtigten (Mieter oder Pächter) treffen. (Urteil der II. Zivilabteilung des Bg vom 23. Februar 1978 i.S. Einwohnergemeinden Biel und Lyss und die Seeländische Wasserversorgung gegen Zuckerfabrik und Raffinerie Aarberg, Burgergemeinde Kapelen und Einwohnergemeinde Aarberg, betr. Forderung; vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 27. Juni 1978, Nr. 146, S. 29.)

<sup>4</sup> BGE 44 II 36.

füüge Uebergrieff in die Rechts- und Interessenssphäre soll aber zur Verantwortlichkeit und damit zu den in Art. 679 ZGB verankerten Sanktionen führen, sondern nur die "übermässige" Einwirkung.<sup>1</sup>

Art. 679 ZGB stellt dem durch eine Eigentumsüberschreitung Beeinträchtigten oder Gefährdeten Abwehr- und/oder Schadenersatzklagen zur Verfügung.<sup>2</sup>

Eine Präventivklage ist möglich, wenn eine Eigentumsüberschreitung mit hoher Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Mit ihr soll dem Eigentümer die Ausübung seines Herrschaftsrechtes in bestimmter Richtung verboten werden. Das Verbot einer erst geplanten Eigentumsüberschreitung trifft den beklagten Grundeigentümer meist weniger schwer als die spätere Aufforderung, einen rechtswidrigen Zustand wieder zu beseitigen. Auch zeigte sich schon in manchen Fällen, dass die Gerichte Hemmungen hatten, beispielsweise einen schon errichteten Bau wieder beseitigen zu lassen oder die vorgesehene Benützung zu untersagen.<sup>3</sup> Die Präventivklage kann einen beklagten Grundeigentümer aber auch veranlassen, von allen technischen Möglichkeiten zur Vermeidung von Immissionen Gebrauch zu machen, um ein eventuelles Bauverbot zu verhindern.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. oben, S. 14 f.

<sup>2</sup> Einen Schadenersatzanspruch, wenn es sich um eine in der Vergangenheit liegende Grundeigentumsüberschreitung handelt, die Schaden verursacht hat; einen Beseitigungsanspruch, wenn ein in der Vergangenheit geschaffener rechtswidriger Zustand andauert; einen Unterlassungsanspruch, wenn durch die Grundeigentumsüberschreitung eine Beeinträchtigung zwar noch nicht eingetreten ist, aber einzutreten droht.

<sup>3</sup> Vgl. ZBJV 111, S. 338 f.; in Pr. 64 Nr. 59 der Beweis für das seltene Gegenteil.

<sup>4</sup> Im Falle von Kernkraftwerken müsste nach Stark (SJZ 71, S. 219 ff.) eine Präventivklage auf Unterlassung zukünftiger Einwirkungen bereits dann gutgeheissen werden, wenn nur schon eine erhebliche Möglichkeit übermässiger Einwirkungen besteht. Diese Ansicht wird allerdings von Liver in ZBJV 111, S. 337 ff., nicht geteilt. Der Autor tritt dort für die Beibehaltung der bisherigen Erfordernisse an die Präventivklage nach Art. 679 ZGB ein, nämlich, dass die Schädigung mit Sicherheit, oder doch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintrete. Ich kann mich seiner Meinung anschliessen, da mit dem eidgenössischen Bewilligungsverfahren gewährleistet sein sollte, dass ein mittlerer Grad von Schädigungen durch Kernkraftwerke ausgeschlossen ist. Sollten aber trotzdem Schädigungen eintreten, so stehen immer noch die Klagen auf Unterlassung, Beseitigung, Anordnung sichernder Massnahmen und Schadenersatz zur Verfügung. Im extremsten Fall müsste auch die Einstellung des Betriebes erreicht werden können. Vgl. dazu Meier-Hayoz, Art. 679 N 143.

Beispiel: A. verpachtet sein in der Erholungszone gelegenes Grundstück an einen Go-Cart-Club. Der Pächter beabsichtigt, auf dem Pachtgrundstück eine Asphaltpiste anzulegen, um darauf Trainings- und Wettfahrten zu veranstalten. Der Nachbar B. wird als Landwirt von den mit hoher Wahrscheinlichkeit entstehenden Lärm- und Abgas-Immissionen in seinem Eigentum beeinträchtigt. Er wird deshalb unverzüglich eine Präventivklage erheben. Dadurch wird der Go-Cart-Club allenfalls gezwungen, Schallwände zu errichten und weitere Vorkehrungen zu treffen, um die Immissionen auf ein zumutbares und zulässiges Mass zu vermindern.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Klage aus Art. 679 ZGB auf Beseitigung bestehender oder Unterlassung künftiger Störungen dem Nachbarn eine ungestörte Ausübung seines Eigentums garantiert. Ist ihm durch eine frühere Verletzung Schaden entstanden, so sichert ihm die Verantwortlichkeitsklage Ersatz für den durch die Beeinträchtigung erlittenen Schaden; dies auch dann, wenn den beklagten Grundeigentümer kein Verschulden trifft.

### III. ANSPRUECHE IM ZUSAMMENHANG MIT BESCHRAENKTEN DINGLICHEN RECHTEN

---

Dingliche Ansprüche ergeben sich auch aus beschränkten dinglichen Rechten. Diese entsprechen ihrem Wesen nach den dinglichen Rechten, da sie ebenfalls von jedermann verletzt werden können. Somit können sich aus den beschränkten dinglichen Rechten für den Grundeigentümer folgende Ansprüche ergeben:

#### A. Der Anspruch auf Ablösung einer Grunddienstbarkeit

---

Ist ein Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit belastet, so hat der Eigentümer einen Anspruch auf Ablösung, wenn das Grundstück alles Interesse an dieser Servitut verloren hat.<sup>1</sup> Mit diesem Anspruch kann ein ungerechtfertigter Eingriff in das Grundeigentum beseitigt werden. Er ist eine

---

<sup>1</sup> Leemann, Art. 736 N 1 ff. ZGB.

Modifikation des Eigentumsfreiheitsanspruches. Das Gesagte gilt analog auch für den Anspruch aus Art. 744 ZGB, wenn durch Teilung des belasteten Grundstückes nur noch ein Teil desselben für diese Servitut beansprucht werden muss.<sup>1</sup>

Beispiel: Eine Parzelle ist mit einem Wegrecht belastet. Der Eigentümer unterteilt nun dieses Grundstück in mehrere kleinere Bauparzellen. Nach Art. 744 Abs. 1 ZGB besteht nun die Servitut auf allen neuen Parzellen weiter. Da der Weg in Wirklichkeit aber nur über eine der neu eingeteilten Parzellen führt, besteht für den Berechtigten kein schutzwürdiges Interesse mehr für die Beibehaltung der Eintragung auf allen übrigen Parzellen. Jeder Eigentümer der nicht mehr zwingend belasteten Teilparzellen ist deshalb berechtigt, die Löschung der Servitut auf seinem Grundstück zu verlangen.

## B. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung

Der Eigentümer einer Sache hat Anspruch auf Sicherheitsleistung, wenn die Sache mit einer Nutzniessung belastet ist und der Eigentümer eine Gefährdung seiner Rechte nachweisen kann. Der Anspruch ergibt sich aus Art. 760 ZGB und richtet sich gegen den drohenden Störer.<sup>2</sup>

Beispiel: Bei einer Erbteilung erhält die überlebende Ehefrau gemäss Art. 473 ZGB die Nutzniessung am ganzen, den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Erbteil. Die Frau verheiratet sich ein zweites Mal und führt mit ihrem neuen Ehemann den zur Erbschaft gehörenden Bauernhof. Infolge krasser Vernachlässigung und unsachlicher Bewirtschaftung nimmt die Liegenschaft immer grösseren Schaden. Da die Nachkommen, als Eigentümer der Liegenschaft, eine solche Wertverminderung und Gefährdung ihres Eigentums nicht hinnehmen müssen, können sie vom Nutzniesser – das ist in diesem Fall die überlebende Ehefrau – Sicherheit verlangen für den drohenden Schaden.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Leemann, Art. 743 N 16 ZGB. Entscheid des Obergerichtes von AR vom 30. Juni 1970, Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege 1970/71, S. 30 ff.

<sup>2</sup> Leemann, Art. 760 N 2 ff. ZGB.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu auch BGE 82 II 101 E. 5; die Sicherstellungspflicht gegenüber den Miterben besteht von Gesetzes wegen bereits mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten (Art. 464 ZGB), der mit der Eingehung einer neuen Ehe aber die Hälfte der Nutzniessung verliert (Art. 473 Abs. 3 ZGB), so dass lediglich noch für die Hälfte Sicherheit zu leisten ist.

### C. Der Anspruch des Grundlastgläubigers auf Wert- erhaltung der belasteten Liegenschaft

Nach herrschender Lehre, die auch die Grundlasten als dingliche Rechte wertet, werden diese wie Pfandrechte zu den Wertrechten gezählt.<sup>1</sup> Bei einer Grundlast besteht das dingliche Recht darin, dass sich der Grundlastgläubiger unmittelbar aus dem Grundstück befriedigen kann, wenn eine ihm zustehende obligatorische Forderung nicht erfüllt wird.<sup>2</sup> Daraus ist die Aehnlichkeit mit den Pfandrechten ersichtlich. Aus dieser Aehnlichkeit rechtfertigt es sich, die Rechte eines Pfandrechtgläubigers auch auf die Grundlastgläubiger anzuwenden. Der Gläubiger hat gemäss Art. 808 ZGB Anspruch auf Unterlassung jeder Einwirkung auf den Pfandgegenstand, der eine Wertverminderung bewirkt. Den gleichen Anspruch können wir deshalb auch dem Grundlastgläubiger zuerkennen.<sup>3</sup>

### D. Der Anspruch auf Löschung des Grundpfandrechtes

Der Grundeigentümer, dessen Eigentum mit einem Grundpfandrecht belastet ist, hat Anspruch auf Löschung des Grundpfandrechtes im Grundbuch, wenn die Forderung, aufgrund derer das Grundpfand errichtet wurde, untergegangen ist.<sup>4</sup> Dieser Anspruch, der sich aus Art. 801 ZGB in Verbindung mit Art. 826 ZGB ergibt, ist an sich persönlicher Natur, da er auf die Mitwirkung des früheren Grundpfandgläubigers bei der Löschung gerichtet ist. Ist aber der Gläubiger nicht gewillt, bei der Löschung mitzuwirken, so kann der Grundeigentümer die richterliche Bewilligung der Löschung verlangen. Der Anspruch ist dann dinglicher Natur und hat einen deutlich negatorischen Charakter.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Haab, Einl. N 56; Liver, Einl. N 5 a.E.

<sup>2</sup> Der Gläubiger wird die Sache verwerten lassen und sich aus dem Erlös befriedigen.

<sup>3</sup> Leemann, Art. 787 N 12 ZGB; über die Natur des Anspruches, Leemann, Art. 808 N 34 ZGB.

<sup>4</sup> Leemann, Art. 801 N 7 u. 8 ZGB.

<sup>5</sup> Leemann, Art. 826 N 8 u. 11 ZGB.

## E. Der Anspruch auf Herausgabe des Pfandtitels

Der Schuldner, der dem Gläubiger einen Pfandtitel als Sicherheit übergeben hat, kann die Herausgabe des Papiers verlangen, wenn die darin beurkundete Schuld abbezahlt ist. Dieser Herausgabeanspruch ist vindikatorisch, da Schuldbrief und Gült Wertpapiere sind.<sup>1</sup>

## F. Der Anspruch auf Durchleitung

Art. 691 ZGB spricht dem Grundeigentümer das Recht auf Durchleitung zu, sofern sich die Leitung ohne Inanspruchnahme eines andern Grundstückes gar nicht, oder nur mit unverhältnismässig hohen Kosten durchführen lässt.<sup>2</sup> Allerdings muss der verpflichtete Grundeigentümer für den entstandenen Schaden entschädigt werden.

## IV. "ACTIONES IN REM SCRIPTAE" (KLAGEN AUS REALOBLIGATION)

### A. Begriff

Neben den dinglichen Klagen aus dem Eigentum gibt es im schweizerischen Recht eine Art von Klagen, die auf Rechtsverhältnissen gründet, in denen Elemente des Obligationen- und Sachenrechts miteinander verbunden sind, und zwar in dem Sinne, als die dingliche Rechtsstellung mit einer obligatorischen Verpflichtung zur Vornahme gewisser Handlungen verknüpft ist. Der Anspruch richtet sich nicht nur gegen eine bestimmte Person, sondern gegen den jeweiligen Eigentümer einer Sache oder auch gegen den Besitzer, Dienstbarkeitsbelasteten oder -berechtigten.

Solche "Schuldverhältnisse, welche die Vornahme von Handlungen zum Gegenstand haben und bei denen Schuldner und Gläubiger oder beide zusammen durch die dingliche Berechtigung oder den Besitz an Sachen be-

---

<sup>1</sup> Leemann, Art. 873 N 1 ff. ZGB.

<sup>2</sup> Dieses Recht entsteht gemäss Art. 691 Abs. 3 ZGB, im Gegensatz zu den dinglichen Rechten, im allgemeinen ohne Grundbucheintrag.

stimmt werden,"<sup>1</sup> bezeichnet die heute herrschende Lehre je nach ihrem Entstehungsgrund als gesetzliche oder rechtsgeschäftliche "Realobligationen".<sup>2</sup>

## B. Uebersicht über die Fälle der Realobligation<sup>3</sup>

### 1. Gesetzliche Realobligationen

Die gesetzlichen Realobligationen behandelt das ZGB grösstenteils unter dem Nachbarrecht (Art. 684 ff.). Dieses statuiert neben Duldungs- und Unterlassungspflichten auch eine Reihe von Leistungspflichten, die unter den Begriff der Realobligationen fallen. In diesen nachbarrechtlichen Verhältnissen tritt die Verknüpfung mit dem Grundeigentum sowohl auf Seite des Berechtigten als auch des Verpflichteten besonders klar zutage.

---

<sup>1</sup> Meier-Hayoz, Syst. Teil N 152.

<sup>2</sup> Die Bezeichnung "Realobligation" oder "actio in rem scripta" war nach Liver, Einl. N 155, in der schweiz. Rechtslehre bisher nicht üblich. Liver kritisiert die Bezeichnung von subjektiv-dinglichen Rechten und subjektiv-dinglichen Pflichten als zu allgemein und tritt für die Bezeichnung "Realobligation" ein. Ebenso Jost, Die Realobligation, Bern 1956; zustimmend auch O. Kaufmann in SJZ 53, S. 295 f.; Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 156. Nach V. d. Crone rechtfertigt sich der spezielle Ausdruck durch die Mittelstellung, welche diese Ansprüche einnehmen. Einmal seien diese Ansprüche keine dinglichen, da sie in einem gewissen Sinne gegen jedermann, z. B. gegen jeden jeweiligen Eigentümer durchgesetzt werden können; dann seien sie aber auch keine persönlichen Ansprüche, da eine bestimmte verpflichtete Person fehle. Dass Realobligationen nur durch gesetzliche Vorschrift oder in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen durch Vertrag entstehen können, hat nach Liver (Einl. N 150) seinen Grund darin, weil die Grenzen zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten in einer mit dem numerus clausus der Arten von beschränkten dinglichen Rechten unvereinbaren Weise verwischt würden, wenn die Begründung von Realobligationen den Parteien freigestellt wäre.

<sup>3</sup> Vgl. im folgenden Jost, S. 65 ff.

a) Leistungspflichten des Grundeigentümers

-----

- Gegenüber Nachbarn:<sup>1</sup>

|                |                                                    |
|----------------|----------------------------------------------------|
| ZGB            |                                                    |
| Art. 669       | Abgrenzungspflicht                                 |
| Art. 689, 690  | Aufnahme des natürlicherweise abfließenden Wassers |
| Art. 697       | Einfriedungspflicht                                |
| Art. 698       | Unterhaltungspflicht nachbarlicher Einrichtungen   |
| Art. 674, 691) | Ueberbau- und Durchleitungsrecht,                  |
| 694, 710)      | Notweg, Notbrunnen                                 |

- Gegenüber Inhabern beschränkter dinglicher Rechte und Besitzern:

|                 |                                                                                                                                              |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ZGB             |                                                                                                                                              |
| Art. 672, 673   | Ersatzpflichten des Grundeigentümers gegenüber dem einbauenden Materialeigentümer bzw. Zuweisung des Eigentums an Bau und Boden an letzteren |
| Art. 730 Abs. 1 | Unterhaltungspflicht                                                                                                                         |
| Art. 753        | Ersatzpflicht für Verwendungen des Nutzniessers                                                                                              |
| Art. 763        | Inventarpflicht bei Nutzniessung                                                                                                             |
| Art. 765        | Unterhalts- und Bewirtschaftungspflicht des Nutzniessers                                                                                     |
| Art. 775        | Pflicht zur Forderungsabtretung an den Nutzniesser                                                                                           |
| Art. 939        | Ersatzpflichten gegenüber dem herausgabepflichtigen Besitzer                                                                                 |

- Gegenüber Miteigentümern:

|             |                                         |
|-------------|-----------------------------------------|
| ZGB         |                                         |
| Art. 647 )  | Leistungspflichten gegeneinander        |
| 649 Abs. 2) |                                         |
| Art. 650    | Teilungsanspruch                        |
| Art. 682    | Vorkaufsrecht und -pflicht <sup>2</sup> |

---

<sup>1</sup> Zur nachstehenden Aufstellung vgl. im wesentlichen Jost, S. 66 f.

<sup>2</sup> BGE 73 II 165 (= Pr. 37 Nr. 2), 83 II 519, 89 II 446 (= Pr. 53 Nr. 59); über wenige Abweichungen zwischen den beiden Vorkaufsrechten s. Meier-Hayoz, Art. 682 N 58 ZGB.

- Gegenüber Grundpfandgläubigern und Grundlastberechtigten:

ZGB

- |               |                                                                                                 |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Art.791 Abs.2 | Pflicht zur Befriedigung des Gläubigers aus dem Wert des belasteten Grundstückes                |
| Art.808       | Pflicht zur Unterlassung von Wertverminderungen                                                 |
| Art.837       | Pflicht zur Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandes, insbes. eines Bauhandwerkerpfandrechtes |
| Art.890       | Haftung für Wertverminderung und Untergang der Pfandsache                                       |

- b) Leistungspflichten der Inhaber beschränkter dinglicher Rechte, insbes. des Nutzniessers
- 

- Gegenüber dem Eigentümer:

ZGB

- |               |                                                           |
|---------------|-----------------------------------------------------------|
| Art.751       | Rückgabepflicht                                           |
| Art.752       | Haftung für Minderwert und Untergang der Sache            |
| Art.753 Abs.2 | Wiederherstellungspflicht                                 |
| Art.755       | Sorgfaltspflicht                                          |
| Art.760       | Sicherstellungspflicht                                    |
| Art.764 - 767 | Pflicht zur Erhaltung der Sache                           |
| Art.775       | Ersatzpflicht für abgetretene Forderungen und Wertpapiere |

## 2. Rechtsgeschäftliche Realobligationen<sup>1</sup>

Neben den gesetzlichen Realobligationen gibt es solche, die mit einer Grunddienstbarkeit nebensächlich verbundene Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen gemäss Art.730 Abs.2 ZGB beinhalten, wie beispielsweise:

- Unterhalt einer Mauer, auf welcher ein Teil des berechtigten Hauses ruht
- Unterhalt eines Weges, den der Berechtigte benutzt
- Unterhalt und Reinigung eines Wassergrabens, etc.

Ferner solche, die nach Art.959 ZGB einen Anspruch aus einem im Grundbuch vorgemerkten persönlichen Recht gewähren, wie

- Vorkaufsrecht, Art.681 ZGB
- Kaufs- und Rückkaufsrecht, Art.683 ZGB

---

<sup>1</sup> Vgl. Meier-Hayoz, Syst.Teil N 158.

- Nachrückungsrecht des Grundpfandgläubigers, Art. 814 Abs. 3 ZGB.

Beispiel einer gesetzlichen Realobligation:

Zwischen zwei benachbarten Liegenschaften ist die Grenze streitig. Damit Uebergriffe und Streitigkeiten vermieden werden, haben beide Grundeigentümer ein gleiches rechtliches Interesse an der Festlegung von genauen Grenzen zwischen ihren Grundstücken. Daraus ergibt sich gemäss Art. 669 ZGB für beide eine gegenseitige realobligatorische Verpflichtung, bei der Feststellung ungewisser Grenzen mitzuwirken.

Beispiel einer rechtsgeschäftlichen Realobligation:

A. hat als Vorkaufsverpflichteter dem B. (Vorkaufsberechtigter) durch ein Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt, die Uebertragung eines Grundstückes zu Eigentum zu beanspruchen, sobald er, A., dieses zu verkaufen oder auf Grund eines bestimmten andern Rechtsgeschäftes zu veräussern beabsichtigt. Dieses Vorkaufsrecht wird gemäss Art. 681 ZGB im Grundbuch vorgemerkt. Durch die Vormerkung erhält der Gläubiger eine "actio in rem scripta" und die Obligation den Charakter einer Realobligation.

## V. DIE GEMISCHTEN KLAGEN

### A. Begriff

Gemischte Klagen sind im französischen Recht als Weiterbildung römisch-rechtlicher Formen ausdrücklich vorgesehen. Diese "actions mixtes" geben dem Kläger die Möglichkeit, die Gegenpartei entweder am Ort der gelegenen Sache oder an deren Wohnsitz gerichtlich zu belangen. In Wirklichkeit liegen zwei verschiedene Klagen vor, die aber so eng miteinander verbunden sind, dass die Lösung der einen Frage gleichzeitig auch die Erledigung des Streites über die andere ergibt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Morel, S. 61 Nr. 55; Bruillard, S. 48 Nr. 49.

## B. "Actions mixtes" im schweizerischen Recht

Im schweizerischen Recht gibt es ebenfalls solche Klagen, welche in der konkreten Ausgestaltung die gleiche Regelung erfahren wie im französischen Recht die gemischten Klagen; z.B: die Klagen um pfandversicherte Forderungen, wenn der Schuldner nicht nur das Pfandrecht, sondern auch den Bestand oder die Höhe der Forderung bestreitet. Die Feststellung der Forderung ist in diesem Fall Voraussetzung für die Geltendmachung des Pfandrechtes.

## VI. KLAGEN AUS DEM BESITZ<sup>1</sup>

### A. Der Besitzeschutz im allgemeinen

Art.919 Abs.2 ZGB definiert den Besitz als die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache, wobei zwischen Mobilien und Immobilien kein Unterschied gemacht wird. Dieses Gewaltverhältnis schützt die Rechtsordnung mit den Besitzeschutzklagen von Art.927 ZGB (Klage aus Besitzesentziehung) und Art.928 ZGB (Klage aus Besitzesstörung).<sup>2</sup> Diese beiden Klagen sind keine persönlichen, weil sie nicht der Geltendmachung eines Anspruches gegenüber einem bestimmten Verpflichteten dienen. Es sind Klagen eigener Art.

Nach herrschender Lehre<sup>3</sup> liegt der innere Grund für den Besitzeschutz in der Erhaltung des allgemeinen Friedens. Jede eigenmächtige Aenderung des Besitzesverhältnisses soll möglichst schnell und einfach rückgängig gemacht

---

<sup>1</sup> Zur Unterscheidung von Besitzeschutz- und Besitzesrechtsklage vgl. Tuor, S.450 lit.c; zum Besitzeschutz vgl. Stark Art.926 - 929 ZGB.

<sup>2</sup> Die Funktion des Besitzeschutzes besteht in der Verhinderung und in der Korrektur eigenmächtiger Aenderung der Besitzesverhältnisse durch Dritte, BGE 85 IV 234. Neben dem bundesrechtlichen Besitzeschutz durch Selbsthilfe (Art.926 ZGB) oder Klage (Art.927 u. 928 ZGB) gibt es auch einen administrativen und polizeilichen Besitzeschutz nach kantonalem Recht, z.B. durch Erwirkung eines amtlichen Verbotes.

<sup>3</sup> Homberger, Art.926 N 2; Stark, Vorbem. zum Besitzeschutz, Art.926 - 929 N 2 und dort zit. Autoren.

werden können. Der Besitzerschutz richtet sich gegen Besitzverletzungen, also entweder gegen eine Störung oder eine Entziehung des Besitzes. Eine Besitzesentziehung bei Grundstücken liegt z.B. vor, wenn ein Grundeigentümer über die Grenze baut.<sup>1</sup> Eine Störung hingegen ist jede Beeinträchtigung einer Sache, wie wir dies schon oben, bei der Eigentumsfreiheitsklage gesehen haben.<sup>2</sup>

Beispiele:

- Ein Grunddienstbarkeitsberechtigter hat an einem Weg ein Wegrecht. Dieser Weg wird nun durch das Befahren mit Lastwagen durch Dritte in einen Morast verwandelt. Der Berechtigte kann sich mit einer Besitzesschutzklage gegen diese Besitzesstörung wehren.<sup>3</sup>
- Ein Grunddienstbarkeitsberechtigter hat ein Durchfahrtsrecht über eine Liegenschaft. Wenn nun der Eigentümer der Liegenschaft dem Berechtigten die Durchfahrt verbietet und versperrt oder beschränkt, so steht diesem dagegen eine Besitzesschutzklage zu.<sup>4</sup>

Die praktische Bedeutung des Besitzesschutzes besteht insbesondere darin, dass das Verfahren keine erheblichen Kosten verursacht und schnell zum Erfolg führt. Die Klage dient vor allem dem im Grundbuch nicht eingetragenen (nicht eintragbaren) persönlich Berechtigten (Mieter, Pächter). Der Eigentümer, der in seinem Eigentumsrecht beeinträchtigt wird, kann nämlich mit der Eigentumsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB) gegen den Störer vorgehen oder er kann sich nur auf den Besitz an der Sache stützen und mit der Besitzesschutzklage gegen denselben vorgehen. Die Besitzesschutzklage wird aber der Eigentumsfreiheitsklage oftmals vorgezogen, weil hier der

---

<sup>1</sup> Vgl. Homberger, Art. 927 N 9 ZGB.

<sup>2</sup> Vgl. oben, S. 12 ff.; Stark, Vorbem. zum Besitzesschutz, Art. 926-929 N 5: "Entsprechend dem inneren Grund des Besitzesschutzes kommt es nicht darauf an, ob der Störer absichtlich, fahrlässig oder ohne Verschulden gehandelt hat, und ob er urteilsfähig ist oder nicht, oder sich im Irrtum über einen Sachverhalt oder die Rechtslage befindet. Dagegen ist der Besitzesschutz natürlich nur gegeben gegen menschliches Handeln und seine Auswirkungen, nicht aber gegen Naturereignisse und gegen das Verhalten von Tieren, soweit es nicht auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen ist."

<sup>3</sup> ZBJV 78, S. 181 ff.

<sup>4</sup> StJZ 22, S. 25, BGE 73 II 33 ff.

Nachweis der Aktivlegitimation leichter erbracht werden kann.<sup>1</sup>

Die Regelung des Verfahrens für Besitzesschutzklagen ist dem kantonalen Recht überlassen. Die Kantone haben dafür meistens ein summarisches Verfahren vorgesehen.<sup>2</sup> Nach verschiedenen kantonalen Rechten kann der Besitzer auch die sofortige Sicherung seines Besitzstandes durch eine vorläufige Verfügung verlangen. In diesem Verfahren wird nicht über den Besitz entschieden, sondern nur ein Zustand provisorisch geschützt.<sup>3</sup> Diese vorläufige Verfügung ist aber ein rein prozessuales Mittel und kann deshalb auch von der Leistung einer Kautions zur Sicherstellung eventueller Schadenersatzansprüche abhängig gemacht werden.<sup>4</sup>

#### B. Die Klage aus der Besitzesentziehung<sup>5</sup>

In Art. 927 ZGB wird dem Besitzer die Möglichkeit gegeben, seine Sache zurückzuverlangen, wenn ihm diese von einem andern durch verbotene Eingenmacht entzogen wurde. In Abs. 3 wird der Anspruch auf Schadenersatz erwähnt.

Der Anspruch richtet sich auf Rückgabe der Sache bzw. Wiedereinräumung des Besitzes, bei Grunddienstbarkeiten und Grundlasten auf Wiedereinräumung des Rechtsbesitzes. Wenn der Beklagte die Sache infolge Weiterveräußerung nicht zurückgeben kann, so muss die Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes abgewiesen werden. Eine Schadenersatzklage ist aber trotzdem möglich.

---

<sup>1</sup> Vgl. Meier-Hayoz, Art. 641 N 59 u. 71 ZGB.

<sup>2</sup> Vgl. Guldener I, Art. 476 ff. insbes. 481/82; BGE 83 II 143 f.; SG Art. 389 Ziff. 3 ZP; ZH § 222 ZPO;

<sup>3</sup> Homberger, Art. 927 N 21 ZGB; SJZ 11, S. 41.

<sup>4</sup> SG Art. 394 Abs. 2 ZP; ZH § 227 ZPO; da es sich beim Besitzesschutzverfahren um ein Vorverfahren handelt, ist eine Berufung an das Bg gemäss Art. 48 B-OG nicht möglich; BGE 78 II 88, 85 II 279, 94 II 353; Sträuli/Messmer, § 222 N 14.

<sup>5</sup> Vgl. Stark, Art. 927 N 1 ff.

### C. Die Klage aus der Besitzesstörung<sup>1</sup>

Art. 928 ZGB regelt den Besitzeschutz, wenn die Beeinträchtigung des Besitzes nicht in seiner Entziehung, sondern nur in seiner Störung besteht. Sie dient naturgemäss in erster Linie dem Schutz des Besitzes an Grundstücken und an Rechten.

Das Hauptanwendungsgebiet der Besitzesstörungsklage ist der Besitz an Liegenschaften und Wohnungen, wobei als Störer der Nachbar und Mieter im Vordergrund stehen, unter Umständen auch der Vermieter. Besitzesstörungen sind namentlich übermässige Immissionen.<sup>2</sup> Art. 928 ZGB bietet daher auch dem Mieter einer Wohnung Rechtsschutz gegen die üble Gewohnheit des Radiohörens bei offenen Fenstern. Nicht als Störung in diesem Sinne gelten Einwirkungen, die nicht übermässig und daher im nachbarlichen Verhältnis zu dulden sind, z.B. das Verbauen einer schönen Aussicht.<sup>3</sup>

Der Anspruch der Klage geht auf Beseitigung der Störung, Unterlassung fernerer Störungen und Schadenersatz. Das Ziel ist: die Verhinderung zukünftiger Störungen und die Wiedergutmachung des durch Störung verursachten Schadens. Mit der Beseitigungsklage kann die Wiederherstellung des frühern Zustandes verlangt werden. Allerdings ergibt sich dabei für störende Bauten und Anlagen eine Einschränkung, da das Sachenrecht, und auch das Baurecht, darauf ausgerichtet sind, grössere volkswirtschaftliche Schäden durch Niederreissen von Bauten zu verhüten. Dies lässt sich unschwer erkennen aus Art. 671, 673 und 674 Abs. 3 ZGB. Die Beseitigung der Anlage ist grundsätzlich nur dort am Platz, wo andere Massnahmen nicht zum Ziele führen und die Intensität der Einwirkungen diesen schweren Eingriff rechtfertigt.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Stark, Art. 928 N 1 ff.

<sup>2</sup> Vgl. oben, S. 14 f.; über die Zulässigkeit von Bauimmissionen vgl. BGE 91 II 103.

<sup>3</sup> Für eine Aufzählung von übermässigen Störungen sei verwiesen auf Stark, Art. 928 N 24 ff. ZGB.

<sup>4</sup> Vgl. oben, S. 17.

## VII. DIE FESTSTELLUNGSKLAGEN<sup>1</sup>

### A. Allgemeines

Eine weitere Kategorie von Klagen, die ebenfalls zum Schutze von Eigentum und Besitz, sowie zum Schutze gegen Grundeigentumsüberschreitungen dienen, sind die Feststellungsklagen. Sie unterscheiden sich von den Leistungs- und Unterlassungsklagen, zu denen die oben behandelten dinglichen Klagen und die "actiones in rem scriptae" gehören, dadurch, dass sie nicht der Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Anspruches dienen, sondern immer nur dann zulässig sind, wenn Rechte oder Rechtsverhältnisse geschützt werden müssen.<sup>2</sup> Ob eine Feststellungsklage gegeben ist, muss im konkreten Fall nach materiellem Recht entschieden werden. Da das Sachenrecht aber bundesrechtlich geordnet ist, richten sich die Feststellungsklagen über dingliche Rechte und Rechtsverhältnisse nach Bundesprivatrecht.<sup>3</sup>

### B. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage ist immer das Vorhandensein eines Rechtsschutzinteresses.<sup>4</sup> Für die dinglichen und die beschränkten dinglichen Rechte besteht ein solches dann, "wenn

---

<sup>1</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, § 59.

<sup>2</sup> Guldener I, S.255: "Gegenstand der Feststellungsklage und des Feststellungsurteils kann nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtes oder Rechtsverhältnisses sein."

<sup>3</sup> Guldener I, S.254 Anm.11: "In bestimmten Einzelfällen sieht das Bundesrecht die Möglichkeit einer Feststellungsklage ausdrücklich vor; 29, 49 ZGB, 83 SchKG." Nach BGE 77 II 344 ff. (= Pr.41 Nr.12) richtet sich die Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage, in Abänderung der bisherigen Praxis, ausschliesslich nach Bundesrecht. Ein Anspruch auf Feststellungsklage besteht deshalb im ganzen Bereich des Bundesprivatrechts.

<sup>4</sup> Guldener I, S.256; BGE 84 II 398 f. (= Pr.47 Nr.154): Die Feststellungsklage kann erhoben werden, um den Bestand oder Nichtbestand eines

eine Rechtsunsicherheit besteht und diese den Kläger derart gefährdet, dass er nach vernünftigem Ermessen das berechnete Bedürfnis hat, sie durch richterliche Feststellung alsbald beseitigt zu sehen." <sup>1</sup> Besteht dieses Interesse, so ist das Gericht von Bundesrechts wegen verpflichtet, eine Feststellungsklage zu behandeln. <sup>2</sup> Dabei ist zwischen positiver und negativer Feststellungsklage zu unterscheiden. Die positive Feststellungsklage geht auf Feststellung des Bestehens, die negative auf die Feststellung des Nichtbestehens eines dinglichen oder beschränkten dinglichen Rechtes an einer Sache. Die Feststellungsklage stellt sich somit als besonderer Schutz der dinglichen und beschränkten dinglichen Rechte dar. <sup>3</sup>

Beispiel: <sup>4</sup> A. hat auf seinem Grundstück eine Auto-Reparaturwerkstatt gebaut. An der über die Liegenschaft des Nachbarn B. führenden Privatstrasse hat er ein unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht. Er macht nun geltend, dieses Recht gestatte ihm, die Privatstrasse auch als Zufahrt zu seiner Auto-Reparaturwerkstatt zu benützen. B. kann nun auf Feststellung klagen, dass das dem A. zustehende unbeschränkte Fuss- und Fahrwegrecht nicht die Befugnis zur Benützung der Privatstrasse als Zufahrt zu seiner Werkstatt mitumfasse. Wenn sich aber A. nicht an die im Feststellungsurteil getroffene Umschreibung seines Rechts hält, so muss B. vielleicht später noch einmal gegen A. gerichtlich vorgehen. Er wird deshalb in diesem Fall zweckmässiger darauf klagen, es sei A. zur Unterlassung der geplanten übermässigen Inanspruchnahme der Privatstrasse zu verurteilen, unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach kantonalem Prozessrecht.

---

Rechtsverhältnisses festzustellen, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung hat; ebenso BGE 77 II 347, 79 II 394, 80 II 121, 81 II 464 (= Pr.43 Nr.132, 45 Nr.4), 83 II 197.

<sup>1</sup> Leemann, Art.641 N 46.

<sup>2</sup> Haab, Art.641 N 45. Die Gefährdung wird beseitigt durch Schaffung der Rechtsgewissheit vermöge der Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils; vgl. Leuch, SJZ 36, S.293.

<sup>3</sup> Haab, Art.641 N 45; Leemann, Art.641 N 46.

<sup>4</sup> entnommen Roemer, S.76. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann die Feststellungsklage selbständig oder in Verbindung mit einer andern Klage angehoben werden. Sie ist auch zulässig, wenn ihr Resultat mit einer andern Klage erreicht werden könnte, sofern nur das Feststellungsinteresse vorhanden ist. (BGE 50 II 57; Haab, Art.641 N 89; Meier-Hayoz, Art.641 N 89; Guldener I, S.254.)

### C. Die Feststellungsklage als Mittel zum Schutze des Eigentums

---

Bei der Frage nach dem Eigentum muss das Vorhandensein des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung stets bejaht werden. Deshalb kann die Feststellungsklage insofern zum Schutze des Eigentums herangezogen werden, als mit ihr auf Feststellung des Bestehens des Eigentums oder des Nichtbestehens eines das Eigentum beschränkenden Rechts an einer Sache geklagt werden kann (Eigentumsfeststellungsklage).

### D. Die Feststellungsklage als Mittel zum Schutze des Besitzes

---

Wenn jemand den Besitz eines andern bestreitet, oder den Besitz oder ein Gegenrecht für sich beansprucht, so kann dagegen mit einer Feststellungsklage aus dem Recht vorgegangen werden. Die Klage geht positiv auf Feststellung, dass der Kläger zum Besitze berechtigt ist, oder negativ, dass dem Beklagten kein Recht auf den Besitz oder ein ähnliches Recht zusteht. Das Rechtsbegehren will somit abklären, ob der Ansprecher zum Besitz berechtigt ist oder das Recht hat, Handlungen vorzunehmen, welche den Besitz beeinträchtigen können.

### E. Die Feststellungsklage als Mittel zum Schutze gegen Grundeigentumsüberschreitung

---

Gegen Grundeigentumsüberschreitungen gewährt die Feststellungsklage zweifachen Schutz: Zum einen kann man damit in denjenigen Fällen, wo ein Grundeigentümer lediglich in Wort oder Schrift behauptet, zu einer besonderen Art von Grundeigentumsüberschreitung berechtigt zu sein, feststellen lassen, dass dies eine unzulässige Grundeigentumsüberschreitung wäre. Ferner bietet die Feststellungsklage einen präventiven Schutz gegen Grundeigentumsüberschreitung in dem Sinne, als sich mit ihr das Nichtbestehen eines die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen aufhebenden Rechtsverhältnisses feststellen lässt.

Beispiel: A. und B. sind Eigentümer zweier benachbarter Liegenschaften am Rande eines Wohnquartiers einer Stadt. A. möchte auf seinem Grundstück ein Mehrfamilienhaus bauen. Nachdem er die Bauvisiere gestellt hat, macht ihn der Nachbar B., der noch Landwirtschaft betreibt, darauf aufmerksam, dass er (B.) die Befugnis habe, auf seinem Grundstück eine Schweinemästerei einzurichten. Er könne daran nicht gehindert werden, auch wenn übermässige Einwirkungen auf die Liegenschaft des A. befürchtet werden müssten. Er stützt sich dabei auf einen Vertrag, mit welchem sich A. verpflichtet habe, auch übermässige Einwirkungen vom Grundstück des B. her zu dulden.

A. bestreitet die Existenz eines Vertrages solchen Inhalts. Auf Schutz gegen eine drohende Eigentumsstörung kann er aber nicht klagen, da B. noch keine Anstalten macht, die Schweinemästerei in nächster Zukunft zu bauen. Es besteht für A. aber zweifellos ein grosses Bedürfnis nach Abklärung der Rechtslage, da er sein Haus nicht auf die Gefahr hin bauen will, später einmal, wegen übermässiger Geruchsimmissionen aus dem Nachbargrundstück, für seine Ueberbauung keine Mieter zu finden. Gegen diese Beeinträchtigung seines Rechtes kann sich der Eigentümer schützen, indem er mit einer Feststellungsklage vom Gericht rechtskräftig feststellen lässt, dass der vom Beklagten behauptete Vertrag nicht besteht bzw. nicht den von diesem behaupteten Inhalt hat.

Das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung liegt hier darin, dass der Kläger ohne gerichtliche Abklärung der Rechtslage in seiner (wirtschaftlichen) Bewegungsfreiheit gehindert ist. Wenn der Kläger ein benachbarter Grundeigentümer ist - was die Regel bildet -, so wird er bis zur Abklärung der Rechtslage beispielsweise auf seinem Grundstück keine Häuser mehr bauen wollen. Wird der Bestand eines Rechtes auf aussergewöhnliche Bewirtschaftung eines Grundstückes behauptet, so kann hiergegen allerdings nur dann eine Feststellungsklage angestrengt werden, wenn es einigermassen wahrscheinlich ist, dass das geltend gemachte Recht später tatsächlich ausgeübt wird und eine Störung befürchtet werden muss.<sup>1</sup> Die Zulässigkeit dieser beiden Arten von Feststellungsklagen dürfte m.E. schon von Bundesrechts wegen unbestritten sein, auch

---

<sup>1</sup> Vgl. oben, S.17.

wenn sie in Art. 679 ZGB nicht ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>1</sup>

### VIII. ZUSAMMENFASSUNG

Der Grundeigentümer, der seine Rechte durchsetzen will, ist einerseits gezwungen, dies auf dem Prozessweg zu tun. Will sich andererseits ein Dritter gegen eine Ueberschreitung des Grundeigentums oder die uneingeschränkte Herrschaftsbefugnis von seiten des Grundeigentümers wehren, so muss er dies, sofern eine gütliche Regelung nicht zum Ziele führt, auf dem ordentlichen Gerichtsweg tun mit den ihm vom Kanton zur Verfügung gestellten Mitteln.

Wie im einzelnen der Grundeigentümer bzw. der Dritte vorzugehen hat, wenn er sein Recht mit richterlicher Gewalt durchsetzen will, oder m.a.W., wie der Grundeigentümer mit dem Prozessrecht in Beziehung kommt, welche Klagen er wo anzubringen hat etc., wird darzustellen im wesentlichen Aufgabe dieser Abhandlung sein.

---

<sup>1</sup> Einmal muss das rechtliche Interesse bejaht werden und zum andern würden die Wirkungen aus Art. 679 ZGB noch weit einschneidendere Folgen haben als nur gerade eine Feststellungsklage.

## ZWEITER TEIL

---

### Der Grundeigentümer als Prozesspartei

#### § 1 DIE GERICHTE

=====

##### I. VORBEMERKUNG

Die Gerichte sind Staatsorgane, die durch Verfassung oder Gesetz mit der Rechtsprechung betraut sind. Träger der richterlichen Kompetenz ist nicht eine Einzelperson oder eine Personengruppe, sondern das Gericht. Das Richteramt besteht dauernd, während die ihm angehörenden Personen wechseln können.<sup>1</sup>

Die Gerichte werden in ordentliche und Sondergerichte unterschieden. (Ausnahmegerichte sind gemäss Art. 58 BV verboten.) Ordentliche Gerichte sind diejenigen, die über die Masse der Zivilprozesse zu entscheiden haben, während sich die Zuständigkeit der Sondergerichte auf einen beschränkten Kreis von Streitigkeiten besonders gearteter Rechtsverhältnisse erstreckt.<sup>2</sup> Die ordentlichen Gerichte kommen immer dann für die Behandlung einer Streitsache in Frage, wenn nicht ein Sondergericht zuständig ist.

Die Gerichte haben in erster Linie Recht anzuwenden, indem sie Streitigkeiten schlichten. Sie haben das Recht abzuklären und zu sagen, was "rechtens" ist. Bei dieser Streitentscheidung geht es vor allem darum, Rechtsverhältnisse festzustellen und sicheres Recht an die Stelle des unsicheren, bestrittenen, zu stellen.

Im folgenden werden nun die Behörden, die in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen und Zürich mit der Rechtsprechung, insbesondere mit der Rechtsprechung auf zivilrechtlichem Gebiet, betraut sind, näher beleuchtet.

---

<sup>1</sup> Guldener I, S. 1 f.

<sup>2</sup> Guldener I, S. 16.

## II. DIE GERICHTSBEHÖRDEN DES KANTONS APPENZEL AUSSERRHODEN

### A. Allgemeines

Gemäss Art. 57 KV wird die richterliche Tätigkeit in Auserrhoden durch das Obergericht und das Kantonsgericht ausgeübt. Die Schaffung weiterer richterlicher Behörden ist aber gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung der Gesetzgebung (Landsgemeinde) vorbehalten.

Im einzelnen werden die richterlichen Behörden noch in Art. 1 ZPO aufgeführt. Diese Aufzählung entspricht allerdings nicht mehr den jetzigen Verhältnissen, da die Gerichtsorganisation 1974 neu geregelt wurde.<sup>1</sup> Eine Anpassung der geltenden ZPO nach der Reorganisation des Gerichtswesens unterblieb. Der Ueberblick über die geltenden Bestimmungen der ZPO und der zudienenden Erlasse ist deshalb heute nicht einfach.<sup>2</sup> Die Zusammenfassung der Organe der Zivilrechtspflege in Art. 1 ZPO vom 24. April 1955 ist unter Berücksichtigung der VO über die Zuständigkeit und Organisation der kantonalen Gerichte zu korrigieren.

Die dringend notwendige Revision der kantonalen ZPO ist im Gange,<sup>3</sup> so dass die Unübersichtlichkeit in naher Zukunft behoben sein dürfte.

---

<sup>1</sup> Die Neuregelung der Zuständigkeit der kantonalen Gerichte und ihrer Organisation ist mit der Annahme der diesbezüglichen VO durch die Landsgemeinde vom 28. April 1974 rechtskräftig geworden. Mit der Neuregelung wurden die Gemeinde- und Bezirksgerichte abgeschafft; an deren Stelle trat ein Kantonsgericht mit fünf Abteilungen. Ebenso wurde die Zahl der Oberrichter von 11 auf 9 herabgesetzt.

<sup>2</sup> Z.B. hat der Kantonsrat mit der "Vollziehungs-VO zum BG über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechtes (Der Arbeitsvertrag)" (AS 1971, S. 1465 ff.) das Verfahren betr. die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten geregelt. Mit dieser Vollziehungs-VO vom 13. März 1972, in Verbindung mit der VO über die Zuständigkeit und Organisation der kantonalen Gerichte vom 28. April 1974, ist für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.-- der Kantonsgerichtspräsident als Einzelrichter zuständig.

<sup>3</sup> Die Expertenkommission ist bestellt und ein Entwurf in Ausarbeitung.

Heute üben in Appenzell Ausserrhoden die Vermittler, die Kantonsgerichtspräsidenten, die Kantonsgerichte, der Obergerichtspräsident und das Obergericht die Zivilrechtspflege aus.<sup>1</sup>

Nach Art. 20 KV ist jeder in vollen bürgerlichen Ehren und Rechten stehende stimmberechtigte, handlungsfähige und im Kanton wohnhafte Schweizerbürger zu allen öffentlichen Aemtern wählbar.<sup>2</sup> Während für die Gemeindebeamtung Amtszwang herrscht, kann der Bürger die Wahl in eine andere Behörde ablehnen. Ausschlussgründe sind in Art. 24 der KV genannt, wo bestimmt wird, dass in den Gerichtsbehörden des Landes jeweilen nicht zugleich Vater und Sohn, Brüder, Schwiegervater und Tochtermann,<sup>3</sup> sitzen dürfen.

Die Amtsdauer der von der Landsgemeinde und vom Kantonsrat ernannten Behörden (Obergericht und Kantonsgericht) beträgt ein Jahr.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Diese Organe können sämtliche auch für den Grundeigentümer bedeutsam sein; sie werden deshalb im folgenden noch einzeln behandelt.

<sup>2</sup> Wohl aufgrund des "appenzellischen Traditionsbewusstseins", das den Frauen das Stimm- und Wahlrecht in kantonalen Angelegenheiten verweigert, wurde bisher keine Frau in die kantonalen Gerichte gewählt, obwohl dies nach Gesetz möglich gewesen wäre. Während beim Jugendgericht, welches vom Regierungsrat gewählt wird, schon seit längerer Zeit auch eine Frau im Amte ist, hat der Kantonsrat an der Sitzung vom 12. Juni 1978 zum erstenmal eine Frau in das Kantonsgericht gewählt. Bei der grossen Zahl der vom Kantonsgericht zu beurteilenden Ehescheidungen kann dies für die Rechtsprechung im Kanton AR nur nützlich und der Sache förderlich sein. Dass die Neuerung allerdings mit Zurückhaltung eingeführt wurde und nicht bei allen Kantonsräten auf das nötige Verständnis stiess, zeigt die Tatsache, dass von den drei vakanten Sitzen nur einer an eine Frau, die andern an Männer vergeben wurden. Dies obwohl noch eine zweite fähige Frau zur Wahl vorgeschlagen war.

<sup>3</sup> Ausdruck für Schwiegersohn.

<sup>4</sup> Art. 23 Abs. 2 KV. Diese Regelung ist der Rechtspflege insbesondere beim Obergericht, das durch die Landsgemeinde bestellt wird, nicht sehr dienlich, kann doch durch Stimmungsmaße vor der Landsgemeinde die Wahl des Gerichtes oder einzelner Richter in Frage gestellt werden. Begreiflich, dass sich das Obergericht an "Heissen Eisen" vor der Landsgemeinde nicht die Finger verbrennen möchte und solche bis nach der Landsgemeinde, also über den letzten Aprilsonntag hinaus vertagt, was einer speditiven Prozesserledigung keineswegs förderlich ist. Eine mehrjährige Amtsdauer wäre deshalb auch im Kt. AR wünschenswert.

## B. Die Gerichtsbehörden im einzelnen

### 1. Der Vermittler<sup>1</sup>

#### a) Die Organisation des Vermittleramtes

Jede Gemeinde wählt gemäss Art. 64 KV durch die Einwohner-Gemeinde-Versammlung einen Vermittler aus allen wählbaren Einwohnern und Einwohnerinnen des Kantons. Angesichts der in Appenzell Ausserrhoden sehr unterschiedlichen Gemeindegrössen sind die Vermittler in den einzelnen Gemeinden ungleich stark belastet und dementsprechend die Erfahrungen der einzelnen Friedensrichter z.T. gering. Anlässlich der Neuregelung der Gerichtsorganisation hat deshalb die Justizdirektion den Gemeinden nahegelegt, in zutreffenden Fällen für zwei oder drei Gemeinden zusammen nur einen Vermittler zu bestellen.<sup>2</sup> Aufgrund der Formulierung in der KV wäre dies möglich. Bisher haben sich aber noch keine Gemeinden zu dieser, der Rechtspflege im Kanton förderlichen Neuregelung durchringen können. Entsprechend ihrer Beanspruchung sind die Vermittler in Ausserrhoden nur nebenamtlich tätig.

Soweit das Gesetz<sup>3</sup> nichts anderes bestimmt, ist in allen Zivilsachen und Ehrverletzungsstreitigkeiten vor Einreichung der Klage ein Vermittlungsversuch zu unternehmen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Für einen geschichtlichen Abriss dieser Einrichtung im allgemeinen vgl. Walder II, S. 58/59, insbes. Anm. 25.

<sup>2</sup> Diese Anregung machte die Expertenkommission betr. die Teilrevision der Kantonsverfassung (Rechtspflege) in ihrem Bericht an den Kantonsrat vom 17. September 1973. Ein Verzicht auf einen gemeindeeigenen Vermittler ist indessen in AR ein Politikum, weil der Verzicht einer Gemeinde auf einen eigenen Sühnebeamten mit dem Prestige-Denken der Bürger nicht (oder zu mindest noch nicht) in Einklang gebracht werden kann. In AR wird ja nur allzu stark am Althergebrachten festgehalten (vgl. Landsgemeinde). Darin ist auch der Grund zu sehen, weshalb bisher noch keine Gemeinde diesen Schritt gewagt hat.

<sup>3</sup> Art. 6 ZPO.

<sup>4</sup> Art. 5 Abs. 1 ZPO, der Vermittler hat zu versuchen, Zivilstreitigkeiten gütlich zum Ausgleich zu bringen.

b) Die sachliche Zuständigkeit des Vermittlers

---

Der Vermittler ist verpflichtet, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis Fr.100.-- als Schiedsrichter endgültig zu entscheiden.<sup>1</sup> Ebenso hat er in Fällen, wo ein Streitfall nach Stellung des Vermittlungsbegehrens nicht vor Gericht gebracht wird und die Kostenfrage unerledigt geblieben ist, auf Begehren einer Partei und unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der andern, endgültig und ohne Vorstand über die Tragung der Rechtskosten und über allfällige Parteientschädigungen zu entscheiden.<sup>2</sup>

c) Das Verfahren

---

Das Verfahren vor dem Vermittler ist in den Art.99 - 115 ZPO geregelt. Das Vermittlungsbegehren ist unter Angabe der Parteien, ihrer Vertreter und des Streitgegenstandes beim Vermittleramt zu stellen. Innert fünf Tagen erlässt der Sühnebeamte die Vorladung. Erachtet der Vermittler seine Zuständigkeit als nicht gegeben, so hat er dies dem Kläger mitzuteilen, darf jedoch, wenn dieser darauf die Klage nicht zurückzieht, die Durchführung des Vermittlungsvorstandes nicht ablehnen. Die Verhandlung vor dem Vermittler ist mündlich.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Art.5 Abs.2 und Art.113 ZPO.

<sup>2</sup> Ein solcher Entscheid kann natürlich nicht auf eine Höchstsumme von Fr.100.-- begrenzt werden. Ist beispielsweise die beklagte Partei durch einen Anwalt vertreten, so können Kosten und Entschädigung leicht den Betrag um das zehnfache übersteigen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre deshalb mehr Erfahrung der Vermittler wünschenswert, insbes. auch deshalb, weil der Kostenentscheid des Vermittlers endgültig ist und nur durch das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde an die Justizaufsichtskommission wegen Willkür angefochten werden kann. Vollstreckungsrechtlich hat der vermittleramtliche Kostenspruch Urteilskraft. (Art.80 Abs.2 SchKG).

<sup>3</sup> Art.105 Abs.1 ZPO. Diese Gesetzesbestimmung hat schon öfters zu unerfreulichen Situationen geführt, ist doch die klägerische Partei in jedem Fall verpflichtet, zu erscheinen und ihre Sache anlässlich des Vermittlungsvorstandes vorzutragen. Die Vorschrift hat zwar grundsätzlich ihre Berechtigung. In vielen Fällen wäre nämlich eine Schlichtung des Streites vor dem Vermittler fraglich, wenn die Begehren auf dem schriftlichen Weg behandelt werden könnten und die Parteien nicht gezwungen wären, sich gegenseitig vor dem Sühnebeamten noch einmal auszusprechen. Die Vorschrift wird aber dort problematisch, wo der Kläger ausserhalb des Kantons

Nachdem die Parteien ihre Sache vorgebracht haben, hat der Vermittler einen Vermittlungsversuch zu unternehmen. Ueber die diesbezüglichen Verhandlungen hat er kein Protokoll zu führen und darf darüber vor Gericht nicht einvernommen werden.<sup>1</sup>

Um eine Einigung im Vermittlungsverfahren zu ermöglichen, kann der Friedensrichter im Einverständnis mit den Parteien das Protokoll längstens einen Monat offen lassen, um Kläger und Beklagtem nochmals eine Bedenkfrist zu geben.

Ist die Vermittlung gescheitert und will eine Partei die Streitsache zur gerichtlichen Erledigung bringen, so hat sie innert Monatsfrist vom Tage des Vermittlungsvorstandes an beim Präsidenten des örtlich zuständigen Gerichtes oder bei der Kantonsgerichtskanzlei unter Einlegung des Leitscheines den Prozess anhängig zu machen.

#### d) Vorschlag für eine Neuregelung des Vermittleramtes

---

Ueber die Notwendigkeit und Nützlichkeit des Vermittleramtes bestehen Meinungsverschiedenheiten. Dies folgt schon daraus, dass im Kanton Bern der Gerichtspräsident einen Sühneversuch vorzunehmen hat, Basel-Stadt den Sühnebeamten nicht kennt und im Kanton Neuenburg diese Einrichtung abge-

---

wohnt und zur Verhandlung einen weiten Anmarschweg zurückzulegen hat. Deshalb wäre m.E. in Zivilverfahren über Geldforderungen bis Fr. 1'000.-- angezeigt, dem ausserkantonalen Kläger das Erscheinen freizustellen und ihm die Möglichkeit zu geben, seine Rechtsbegehren schriftlich zu begründen. Dadurch könnte vermieden werden, dass ihm aus Fahrspesen und Zeitversäumnis so hohe Kosten entstehen, dass er zu Zugeständnissen in der Streitsache selber nicht mehr bereit ist und schon aus diesem Grunde keine Einigung zustande kommen kann.

Die zürcherische Regelung, die eine schriftliche Eingabe im Sühnverfahren in denjenigen Fällen zulässt, in denen sich eine Partei vor dem Friedensrichter vertreten lassen kann, geht m.E. aber über das Ziel hinaus, denn in denjenigen Fällen, in denen der Kläger im Kanton zwar Wohnsitz hat, aus andern Gründen aber nicht am Vorstand teilnehmen kann, ist es ihm zuzumuten, einen Vertreter zum Vorstand zu bestellen. Er kann damit seinen Willen kundtun, nochmals über die Sache reden bzw. zu einer gütlichen Einigung ein letztes Mal noch Hand bieten zu wollen.

<sup>1</sup> Finden vor dem Vermittler hingegen strafbare Handlungen statt, so hat er diese auf Begehren zu Protokoll zu nehmen und kann darüber auch als Zeuge vernommen werden, Art. 107 Abs. 2 ZPO.

schaft wurde.<sup>1</sup>

Aufgrund der zum Teil schlechten Erfahrungen mit den "Laien"-Vermittlern in Ausserrhoden, infolge ungenügender Rechtskenntnisse, dürfte dieser Punkt anlässlich der Beratung der neuen Zivilprozessordnung noch einiges zu reden geben.

Unbestritten ist die Nützlichkeit eines Sühnverfahrens. Dadurch können zweifellos Prozesse in einem frühen Stadium erledigt werden, zu einem Zeitpunkt, in welchem in der Regel noch nicht "allzu viel Geschirr zerschlagen" ist. Ein den Hauptverfahren vorgehendes Sühnverfahren ist deshalb m.M.nach beizubehalten. In den kleinen Kantonen wäre der Sache aber besser gedient, wenn der Gerichtspräsident zugleich als Sühnebeamter tätig wäre. In Forderungsstreitsachen mit geringem Streitwert hätte der Einzelrichter - im Kanton Appenzell Ausserrhoden der Kantonsgerichtspräsident - zu entscheiden, nach einem vorgängigen Vermittlungsversuch, analog dem Verfahren bei den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. In allen übrigen Zivilsachen und Ehrverletzungsstreitigkeiten könnte er, sobald ein Prozess anhängig gemacht worden ist, vorerst als Friedensrichter einen Vermittlungsversuch unternehmen. Damit könnten die Fehlerquellen im Sühnverfahren auf ein Minimum herabgesenkt werden.

## 2. Das Kantonsgericht

### a) Die Organisation

Das Kantonsgericht ist seit der Neuregelung vom 28. April 1974 die erste Instanz, bei welcher ordentlicherweise alle Prozesse anhängig gemacht werden müssen.<sup>2</sup> Das Kantonsgericht besteht aus fünf Abteilungen. Die erste Abteilung amtet als strafrechtliche Abteilung und hat jene Fälle zu behandeln, die bisher dem Kriminalgericht zugewiesen waren, sowie die-

---

<sup>1</sup> Schurter/Fritzsche II/2, S.712.

<sup>2</sup> Das Obergericht ist in bestimmten Fällen (Zivilstreitigkeiten betr. Erfindungspatente, gewerbliche Muster und Modelle etc.) einzige kantonale Instanz, vgl. Art.20 ZPO; unten S.51 f.

jenigen, die ihr vom Kantonsgericht übertragen werden.<sup>1</sup>

Die zweite bis fünfte Abteilung des Kantonsgerichtes beurteilen neben den erwähnten Straffällen alle dem Kantonsgericht<sup>2</sup> in der Zivilprozessordnung und den zudienenden Erlassen<sup>3</sup> zugewiesenen Fälle.

Das Kantonsgericht setzt sich aus 21 - 25 Mitgliedern zusammen, worunter ein bis fünf Präsidenten.<sup>4</sup> Der Kantonsrat wählt die Kantonsrichter und die Präsidenten frei aus allen wählbaren Einwohnern des Kantons, unter gleichmässiger Berücksichtigung der drei Bezirke. Er kann die Mitgliederzahl erhöhen oder herabsetzen.

Das Gesamt-Kantonsgericht bezeichnet anlässlich seiner Konstituierung<sup>5</sup> den Vorsitzenden des Gesamtgerichtes und dessen Stellvertreter.<sup>6</sup> Ebenso hat es die fünf Abteilungen mit 4 Richtern und einem Präsidenten zu bezeichnen

---

<sup>1</sup> In der Praxis wird dies so gehandhabt, dass die erste Abt. alle Strafprozesse beurteilt, welche eine strafbare Handlung betreffen, die im StGB unter Strafe gestellt ist, während die Verfahren betr. die Widerhandlungen gegen Spezialgesetze wie SVG, Baureglemente etc., grundsätzlich von den Zivilabteilungen beurteilt werden.

<sup>2</sup> Nach der noch geltenden Zivilprozessordnung "Bezirksgericht". Das Gesetz wurde aber im Hinblick auf die baldige Totalrevision nicht mehr gemäss der Neuregelung angepasst.

<sup>3</sup> Der Ausdruck "zudienende Erlasse" wurde in der Zuständigkeits-VO (BGS Nr. 659) gebraucht und umfasst alle andern Erlasse neben der ZPO, in denen Zuständigkeitsvorschriften enthalten sind, wie z.B. das Vollziehungsreglement über die Ausübung des Viehhandels im Kt. AR (BGS Nr. 226, § 15 Abs. 2: "Das Bezirksgericht ist erstinstanzlich für die Beurteilung der Uebertretungen zuständig.")

<sup>4</sup> Art. 59 Abs. 1 KV; die Möglichkeit eines einzigen, hauptamtlichen Präsidenten wurde diskutiert. Die Mehrheit des in solchen Angelegenheiten wohl etwas allzu traditionsbewussten und ängstlichen Appenzeller Kantonsrates konnte sich aber zu dieser Neuerung noch nicht durchringen.

<sup>5</sup> § 1 der Zuständigkeits-VO.

<sup>6</sup> Der Gesamtgerichtspräsident hat keine speziellen richterlichen Kompetenzen; er führt lediglich den Vorsitz an der Konstituierung und an den Präsidenten-Konferenzen. Er besitzt auch keine besonderen Entscheidungsbefugnisse, insbes. ist es nicht an ihm, die Zuteilung der Prozesse an die einzelnen Abteilungen vorzunehmen, da die Zuteilung der Fälle an die zuständigen Gerichte nach räumlichen Gesichtspunkten erfolgt.

sowie ihre örtliche Zuständigkeit.<sup>1</sup> Schliesslich bestimmt es auch die Ersatzrichter der einzelnen Abteilungen.<sup>2</sup>

Die Kantonsrichter sind in den meisten Fällen Laienrichter.<sup>3</sup> Einzig die Gerichtsschreiber sind ausgebildete Juristen. Dementsprechend gewichtig ist ihre beratende Stimme. Für die Beschlussfähigkeit ist die Anwesenheit von fünf Richtern erforderlich.<sup>4</sup>

Die örtliche Zuständigkeit ist wie folgt geregelt:<sup>5</sup> Die erste Abteilung beurteilt sämtliche Straffälle aus dem ganzen Kantonsgebiet und tagt in der Regel am 2. und 4. Donnerstag jedes Monats in Trogen. Die zweite Abteilung ist für das Vorderland zuständig und tagt am 1. Montag im Monat in Heiden. Die dritte Abteilung entscheidet in Zivilsachen im Mittelland und tagt am 1. Donnerstag im Monat in Teufen. Die vierte und fünfte Abteilung sind für die Rechtsprechung im Hinterland zuständig. Sie tagen beide in Herisau, die vierte Abteilung am 2. Montag, die fünfte Abteilung am 2. Mittwoch jedes Monats. Je nach Bedarf können die Abteilungen weitere Tagfahrten beschliessen.

---

<sup>1</sup> Das Gericht kann nach Abschluss des Schriftenwechsels die Streitsache gemäss Art.128 ZPO an eine Kommission weisen, wenn schwierige Rechtsverhältnisse zu untersuchen, viele Urkunden zu prüfen oder Beweise abzunehmen sind. Solche Kommissionen, bestehend aus dem Präsidenten, dem Gerichtsschreiber und einem oder zwei weiteren Richtern, werden aber in jedem einzelnen Fall durch das mit der Streitsache beschäftigte Gericht aus dem Richterkollegium neu gebildet. Die Kommission hat keine Entscheidungsbefugnisse und kann deshalb nicht etwa mit der Gerichtskommission im Kt. St.Gallen verglichen werden, vgl.unten,S.61 f. Gemäss Art.289 ZP kann der Präsident dort eine Vorbereitungsverhandlung anordnen, zu welcher auch andere Richter zugezogen werden können.

<sup>2</sup> Die Stellvertreter der Präsidenten sowie die Untersuchungskommission werden in den einzelnen Abteilungen an der 1. Sitzung im Amtsjahr bestimmt, dies gemäss Art.61 KV: "Mit Ausnahme der Wahl der Präsidenten konstituieren sich die Gerichte selbst."

<sup>3</sup> Derzeit wirken zwei Juristen im Kantonsgericht mit, wovon einer als Präsident.

<sup>4</sup> § 3 der Zuständigkeits-VO.

<sup>5</sup> Der Kt. AR gliedert sich in drei Bezirke: Hinterland mit den Gemeinden Urnäsch, Herisau, Schwellbrunn, Hundwil, Stein, Schönengrund, Waldstatt; Mittelland mit den Gemeinden Teufen, Bühler, Gais, Speicher, Trogen; Vorderland mit den Gemeinden Rehetobel, Wald, Grub, Heiden, Wolfhalden, Lutzenberg, Walzenhausen, Reute.

Die Gerichtsverhandlungen sind öffentlich, ausgenommen in familienrechtlichen Prozessen.<sup>1</sup> An den Urteilsberatungen herrscht das "Referenten"-System, d.h. der Gerichtspräsident bestimmt einen Richter, der über allfällige prozessleitende Beschlüsse und über das Endurteil Antrag zu stellen hat. In rechtlich schwierigen Fällen erstellt der Gerichtsschreiber zuhanden des Gerichtes ein Gutachten.

Die Gerichtsschreiber werden vom Regierungsrat gewählt. Derzeit sind in den fünf Abteilungen drei Beamte tätig. Die Kanzlei für alle fünf Abteilungen befindet sich in Trogen. Dorthin können alle Rechtsschriften oder auch Begehren an die Einzelrichter gesandt werden. Dies dient der Vereinfachung, da die örtliche Zuständigkeit für Aussenstehende etwas kompliziert ist.

#### b) Die sachliche Zuständigkeit

---

Das Kantonsgericht ist wie folgt zuständig:

##### aa) Erstinstanzlich

- für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, mit Ausnahme der Geldforderungen mit einem Streitwert bis zu Fr. 1'000.-- und der Streitigkeiten aus Arbeitsvertrag bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.--<sup>2</sup>
- für alle andern Streitigkeiten, die nicht einer andern Behörde vorbehalten sind<sup>3</sup>
- in Verwaltungsstreitigkeiten, die durch besondere Gesetzesbestimmung dem Richter zugewiesen sind<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> In besondern Fällen sind die Gerichte berechtigt, den Ausschluss der Öffentlichkeit zu beschliessen, Art. 62 Abs. 2 KV.

<sup>2</sup> In diesen Fällen ist der Kantonsgerichtspräsident zuständig, vgl. unten, S. 48.

<sup>3</sup> Insbes. in Fällen des BG über Schuldbetreibung und Konkurs, als Nachlassbehörde in Nachlassvertragssachen und in Fällen des BG über die Erhaltung des bürgerlichen Grundbesitzes. Vgl. die Aufzählung in § 14 lit. b), c), d) ZPO.

<sup>4</sup> Ebenso in öffentlich-rechtlichen Streitsachen. Vgl. die Aufzählung in Art. 15 Ziff. 1-4 ZPO.

- als Revisionsinstanz gegen ein von einer Abteilung des Kantonsgerichtes erlassenes Urteil
- für alle Straffälle.

bb) Zweitinstanzlich

- für alle Einsprachen gegen Verfügungen des Verhöramtes.<sup>1</sup>

c) Das Verfahren  
-----

aa) Das Vorverfahren

Mit der Anhängigmachung der Klage beim Kantonsgericht hat der Kläger in allen Fällen, für die kein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist (wie z.B. in Ehe- und Vaterschaftssachen, in denen das Untersuchungsverfahren stattfindet), beim Gerichtspräsidenten oder der Kantonsgerichtskanzlei eine Klageschrift einzureichen und allfällige Akten beizulegen. Gleichzeitig ist eine Einschreibgebühr von Fr.200.-- an die Gerichtskasse in Trogen einzuzahlen. Das Doppel der Klage wird dem Beklagten zur Beantwortung innert 20 Tagen zugestellt.<sup>2</sup> Bei wichtigen Gründen wird die Antwortfrist ein erstes Mal regelmässig erstreckt. Eine zweite Fristverlängerung wird in der Regel nur noch mit dem Einverständnis der Gegenpartei gewährt. Mit der Einreichung der Klageantwortschrift, die dem Kläger im Doppel zugestellt wird, ist der Schriftenwechsel abgeschlossen.<sup>3</sup> Das Gericht kann aber ausnahmsweise und aus wichtigen Gründen einen weiteren Schriftenwechsel zulassen oder anordnen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> § 7 der Verordnung über das vereinfachte Strafverfahren; Art.181 StPO.

<sup>2</sup> Art.120 Abs.1 ZPO.

<sup>3</sup> Im Gegensatz dazu sieht das st.gallische ZP in allen Fällen einen doppelten Schriftenwechsel vor, ausgenommen im Verfahren vor der Gerichtskommission.

<sup>4</sup> Dies geschieht besonders dann, wenn in der Klageantwort neue Behauptungen aufgestellt wurden, zu denen der Kläger noch nicht Stellung nehmen konnte.

bb) Das Verfahren vor Gericht

Jede Partei hat in der Regel zwei Vorträge. Vorfragen sind bei Beginn der mündlichen Verhandlung zu stellen.<sup>1</sup> Entscheide über gesondert behandelte Vorfragen sind appellabel.<sup>2</sup> Nach Einleitung der Klage ist eine Aenderung der Rechtsbegehren, ausgenommen Verminderung, nur zulässig, wenn die Gegenpartei einwilligt oder wenn nach dem Ermessen des Gerichtes durch die Aenderung die Verteidigung der Gegenpartei oder das Verfahren nicht wesentlich erschwert wird. Nach Beendigung der Parteiverhandlung schreitet das Gericht zur geheimen Beratung<sup>3</sup> und fällt, wenn eine Streitsache spruchreif ist, das Urteil.

Die richterlichen Erkenntnisse werden den anwesenden Parteien oder ihren Vertretern an den Gerichtsschranken durch den Gerichtsschreiber mündlich eröffnet und in allen Fällen im Dispositiv mit Rechtsmittelbelehrung schriftlich mitgeteilt. Gegen alle erstinstanzlichen Haupturteile und Vorentscheide, nicht aber gegen Gerichtsbeschlüsse und prozessleitende Verfügungen, kann appelliert werden. Die Appellation ist bei Verwirkung des Appellationsrechtes innert 14 Tagen nach Empfang des Urteilsdispositives bei der Kantonsgerichtskanzlei anzumelden. Hierauf wird den Parteien von Amtes wegen ein begründetes Urteil zugestellt. Innert 14 Tagen nach Empfang des motivierten Urteils ist die Appellation unter gleichzeitiger Einreichung des Urteils beim Präsidenten der Appellationsinstanz schriftlich und im Doppel zu erklären. In der Appellationserklärung soll angegeben werden, welche Punkte des erstinstanzlichen Dispositives angefochten und welche Abänderungen beantragt werden.

---

<sup>1</sup> Art.126 Abs.1 ZPO.

<sup>2</sup> Art.132 ZPO.

<sup>3</sup> Art.137 ZPO.

### 3. Die Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter

#### a) Die Organisation

Die Kantonsgerichtspräsidenten der zweiten bis vierten Abteilung üben im örtlichen Zuständigkeitsbereich ihrer Abteilung zugleich einzelrichterliche Funktionen aus. Im Verhinderungsfall werden sie durch den Kantonsgerichtspräsidenten einer andern Abteilung vertreten.<sup>1</sup> Es steht dem Kantonsgericht aber frei, bezüglich des Amtes des Einzelrichters und dessen Stellvertreters eine andere Regelung zu treffen.

Da die Präsidenten der einzelnen Abteilungen dem Wechsel unterliegen, gibt es für die Einzelrichter im Kanton Appenzell A.-Rh. keinen eigentlichen Amtssitz. Als solcher gilt der jeweilige Wohnsitz des zuständigen Präsidenten.<sup>2</sup> Hingegen können die Parteien ihre Begehren auch an die Kantonsgerichtskanzlei Trogen senden, welche diese an den örtlich zuständigen Einzelrichter weiterleitet.<sup>3</sup>

#### b) Die sachliche Zuständigkeit

Der Einzelrichter entscheidet, sofern nicht ein anderes Gericht zuständig ist, in Zivilprozessen

##### aa) Endgültig

- über Begehren betr. Rechnungstellung nach Art. 259 ff. ZPO
- in bestimmten Fällen des ZGB und OR<sup>4</sup>
- in den Fällen von Art. 32 Abs. 2 der Handelsregister-VO  
(vorsorgliche Verfügung gegen die Eintragung)

---

<sup>1</sup> Die Präsidenten der 2. u. 3. Abt. vertreten sich gegenseitig, ebenso diejenigen der 4. u. 5. Abt.

<sup>2</sup> Derzeitige Amts- bzw. Wohnsitze der örtlich zuständigen Einzelrichter: 2. Abt. Rehetobel, 3. Abt. Gais, 4. Abt. Herisau, 5. Abt. Waldstatt.

<sup>3</sup> Vgl. oben, S. 44.

<sup>4</sup> Die Fälle sind in Art. 10 Ziff. 2 u. 3 ZPO abschliessend aufgezählt.

- in bestimmten Fällen des BG über Schuldbetreibung und Konkurs<sup>1</sup>
  - über die Gewährung von Rechtshilfe an auswärtige Gerichte und Schiedsgerichte, wobei er im Zweifelsfalle beim Obergerichtspräsidenten Weisung einholt
  - über Anordnung einer öffentlichen Aufforderung zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen<sup>2</sup>
  - über die Vornahme einer vorsorglichen Beweisaufnahme.
- bb) Erstinstanzlich (unter Vorbehalt der Appellation an den Obergerichtspräsidenten)
- über
- Geldforderungen, mit Streitwert von Fr.100.-- bis Fr.1'000.--<sup>3</sup>
  - Begehren nach Art.249 ff. ZPO (Erlass eines Amtsbefehls)
  - Begehren um Anordnung von gesetzlich vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen, sofern keine andere Behörde zuständig ist
  - streitige Begehren in bestimmten Fällen des ZGB und OR<sup>4</sup>
  - Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, sofern der Streitwert Fr.5'000.-- nicht übersteigt<sup>5</sup>
  - Begehren um vorsorgliche Massnahmen gemäss BG über den unlauteren Wettbewerb
  - in bestimmten Fällen des BG über Schuldbetreibung und Konkurs.<sup>6</sup>
- 
- <sup>1</sup> Die Fälle sind in Art.10 Ziff.5 ZPO abschliessend aufgezählt.
- <sup>2</sup> D.i. im Aufrufsverfahren (Klageprovokation) gemäss Art.232 ff. ZPO; wenn jemand nicht weiss, ob Personen vorhanden sind, die private Rechtsansprüche gegen ihn geltend machen können oder wollen, so kann er, wenn er ein rechtliches Interesse nachweist und nicht selbst zu klagen in der Lage ist, allfällige Ansprecher öffentlich auffordern lassen, ihre Ansprüche innert Frist beim Kantonsgerichtspräsidenten anzumelden. Die Frist ist eine Verwirkungsfrist. Wer die Anmeldung seiner Ansprüche unterlässt, geht seines Rechts verlustig.
- <sup>3</sup> § 7 Abs.1 der Zuständigkeits-VO.
- <sup>4</sup> Die Fälle sind in Art.7 Ziff.5 u.Art.11 Ziff.3 u.4 ZPO abschliessend aufgezählt.
- <sup>5</sup> Vollziehungs-VO zum Arbeitsvertrag, § 1 Abs.1.
- <sup>6</sup> Art.7 Ziff.1 u. 2 u. Art.11 Ziff.6 ZPO.

## c) Das Verfahren

-----

Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist in allen Fällen summarisch.<sup>1</sup> Dies im Gegensatz zur Regelung im Kanton Zürich, wo der Einzelrichter im ordentlichen, beschleunigten oder summarischen Verfahren zu entscheiden hat.<sup>2</sup> Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist (Art.223 Abs.2 ZPO). Das Verfahren selber ist mündlich. Auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen kann aber ein Schriftenwechsel angeordnet werden.

Die Zuständigkeit des Einzelrichters in Appenzell Ausserrhoden ist in der ZPO und in der Zuständigkeits-VO geregelt.<sup>3</sup> Soweit die Entscheide als appellabel erklärt werden, können sie an den Einzelrichter des Obergerichtes weitergezogen werden. Die Einschreibgebühr für Zivilprozesse beim Einzelrichter beträgt Fr.50.--.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Art.223 ZPO; § 7 Zuständigkeits-VO; zum summarischen Verfahren vgl. unten, S.197 ff.

<sup>2</sup> Vgl. unten, S.106, 197 ff., 205 ff.; Walder II, S.62.

<sup>3</sup> Gemäss § 6 der Zuständigkeits-VO üben die Einzelrichter des Kantonsgerichtes die in der ZPO und den zudienenden Erlassen den Bezirks- und den Gemeindegerechtspräsidenten übertragenen Funktionen aus. Solche "zudienende Erlasse" sind etwa: die Vollziehungs-VO zum BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (BGS Nr.223/634, § 4bis Abs.1: "Als richterliche Behörde im Sinne von Art.24ter BG (Fristerstreckung bei Pachtverhältnissen) wird der Bezirksgerichtspräsident bezeichnet"); der Normalarbeitsvertrag für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft (BGS Nr.611, § 21 Abs.1: "Für die Behandlung und Beilegung von Streitigkeiten aus landwirtschaftlichen Arbeitsverträgen ist der Bezirksgerichtspräsident zuständig"); die Vollziehungs-VO zum BG über die Aenderung des Obligationenrechts (Kündigungsbeschränkung im Mietrecht), (BGS Nr.542, § 1 Abs.1: "Als richterliche Behörde im Sinne des Bundesgesetzes wird der Bezirksgerichtspräsident bezeichnet"); etc.

<sup>4</sup> § 7 lit.a Gebührenordnung.

#### 4. Das Obergericht

##### a) Die Organisation

Das Obergericht ist die Rechtsmittelinstanz für die erstinstanzlich dem Kantonsgericht zugewiesenen Fälle, d.h. in allen Zivil- und Strafsachen, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Es ist ferner in bestimmten Fällen einzige kantonale Instanz.<sup>1</sup>

Die Landsgemeinde wählt die neun Mitglieder des Obergerichtes für ein Jahr und aus deren Mitte den Obergerichtspräsidenten.<sup>2</sup> Anlässlich der Konstituierung bezeichnet das Obergericht zwei Abteilungen, bestehend aus je vier Mitgliedern und dem Obergerichtspräsidenten.<sup>3</sup> Das Obergericht ist die Aufsichtsinstanz über das Gerichtswesen, die Vermittlerämter, das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen und die Rechtsanwälte. Als solche bezeichnet es an seiner Konstituierung auch die dreigliedrige Justizaufsichtskommission, die dreigliedrige Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs sowie die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte und ebenso den Vizepräsidenten und die Einzelrichter des Obergerichtes.<sup>4</sup>

In der Regel tagt das Obergericht zur Beurteilung der ihm übertragenen Fälle in Abteilungen. Streitsachen, die für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung bedeutungsvoll sind, können durch Verfügung des Obergerichtspräsidenten oder Beschluss einer Abteilung zur Entscheidung an das Gesamtgericht gebracht werden.<sup>5</sup> Die Abteilungen tagen je nach Bedarf, in der Regel in Trogen. Die Richter sind Ersatzrichter derjenigen Abteilung, der sie nicht zugeteilt sind.

Die Oberrichter sind wie die meisten Kantonsrichter Laien; sie sind nebenamtlich tätig. Man muss sich fragen, ob heute nicht wenigstens der

---

<sup>1</sup> Art. 20 Abs. 2 ZPO; vgl. unten, S. 51 f.

<sup>2</sup> Art. 58 Abs. 1 KV.

<sup>3</sup> § 8 Ziff. 1 der Zuständigkeits-VO.

<sup>4</sup> § 8 Ziff. 2 - 5 der Zuständigkeits-VO.

<sup>5</sup> Art. 19 Abs. 3 ZPO.

Präsident des obersten kantonalen Gerichtes eine juristische Ausbildung haben sollte. In der heutigen Zusammensetzung des Obergerichtes findet sich kein Jurist.<sup>1</sup> Einziger Jurist ist auch in diesem Gremium der Gerichtsschreiber. Dieser hat nur beratende Stimme.

#### b) Die sachliche Zuständigkeit

---

Das Obergericht ist zur Entscheidung in Zivilprozessen wie folgt zuständig:

##### aa) Zweitinstanzlich

- als Appellations-Instanz, sofern eine Abteilung des Kantonsgerichtes entschieden hat<sup>2</sup>
- als Nichtigkeits-Instanz gegen Urteile, Kompetenz- und Nichteintretensentscheide der vertraglichen Schiedsgerichte, die ihren Sitz im Kanton haben.<sup>3</sup>

##### bb) Erstinstanzlich und als einzige kantonale Instanz

bei

- Verschollenheitsgesuchen gemäss Art.35 ff. des ZGB
- Zivilstreitigkeiten betr. Erfindungspatente, gewerbliche Muster und Modelle, Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, Herkunftsbezeichnung von Waren und gewerblichen Auszeichnungen sowie Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst

---

<sup>1</sup> Dies scheint mir heute nicht mehr gerechtfertigt, nachdem auch in AR die Prozesse und damit die Appellationen an Zahl und Kompliziertheit zugenommen haben. Solange aber das Obergericht durch die Landsgemeinde gewählt wird, dürfte in dieser Hinsicht wohl kaum eine Aenderung zu erwarten sein. Es müsste Art.58 Abs.1 KV revidiert und die Wahl des Obergerichtes dem Kantonsrat übertragen werden. Schwierigkeiten dürften sich allerdings auch dann noch ergeben, weil das Amt des Obergerichtspräsidenten in AR nicht vollamtlich ist.

<sup>2</sup> Art.273 Abs.1 ZPO; zu beachten ist, dass in Zivilprozessen die Appellation bei der Kantonsgerichtskanzlei anzumelden ist, während dies - bis zum Inkrafttreten der neuen StPO - in Straffällen beim Obergerichtspräsidenten zu geschehen hatte. Heute ist die Regelung in beiden Fällen dieselbe.

<sup>3</sup> Art.282 Abs.1 ZPO.

- Kraftloserklärung von kantonalen Zedeln und sonstigen Wertpapieren, Gülten, Schuldbriefen, Wechseln, Schuldscheinen und Zinscoupons
- Streitigkeiten i.S. von Art.120 des BG über die Kranken- und Unfallversicherung und die Militärversicherung
- Streitigkeiten gemäss Art.71 des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zwischen den Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten
- in Stundungs-, Konkurs- und Nachlassachen nach dem Bundesgesetz über Banken und Sparkassen (Art.29, 32, 34 - 37) und nach Art.1157 ff. OR (Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen) sowie über rechtliche Schutzmassnahmen für das Hotelwesen und die Stickereiindustrie.
- bei Rekursen gemäss § 39 Abs.2 der VO betr. Statuten der Pensionskasse für das Staatspersonal des Kantons Appenzell Auser Rhoden.

#### c) Das Verfahren

-----

Das Verfahren vor Obergericht entspricht demjenigen vor Kantonsgericht. Die Einschreibgebühr beträgt ebenfalls Fr.200.--. Gegen die Urteile des Obergerichtes gibt es keine kantonalen Rechtsmittel mehr, ausser die Kassationsbeschwerde an die Regierung in bestimmten Fällen.

Als Oberaufsicht über das Gerichtswesen ist das Obergericht auch befugt, Weisungen zu erlassen.<sup>1</sup>

Als Justizaufsichtskommission ist es auch Beschwerde-Instanz. Die Justizaufsichtskommission beurteilt Rechtsverweigerungsbeschwerden nach Art. 292 ZPO, streitige Ausstandsbegehren gegenüber dem Vermittler, den Einzelrichtern und deren Stellvertretern nach Art.23 Ziff.1 ZPO, Beschwerden über die Höhe der Honorare vertraglicher Schiedsgerichte nach Art.271 Abs.3

---

<sup>1</sup> Davon hat das Obergericht schon mehrmals Gebrauch gemacht. So hat es z.B. ein Kreisschreiben erlassen betr. Aktenherausgabe an Parteienvertreter; in jüngster Zeit eine Weisung an die Vermittler: Klagen gegen ganze Gerichte aus Art.28 ZGB nicht an die Hand zu nehmen; erwartet wird eine Weisung betr. Zustellung von Urteilsdispositiven oder Auszügen aus Strafurteilen an nichtbeteiligte Amtsstellen.

ZPO. Als Aufsichtsinstanz über die Rechtsanwälte ist es mit der Verleihung des Anwaltpatentes betraut und verfügt die Einstellung im Beruf auf bestimmte Zeit oder den Entzug der Bewilligung bei grober Verletzung von Berufspflichten.

## 5. Der Obergerichtspräsident als Einzelrichter

### a) Allgemeines

Soweit das Obergericht anlässlich der Konstituierung nichts anderes beschliesst, werden die einzelrichterlichen Funktionen vom Obergerichtspräsidenten und dessen Stellvertreter ausgeübt.

### b) Die sachliche Zuständigkeit

Der Obergerichtspräsident ist zuständig für alle ihm von der ZPO und den zudenenden Erlassen als einzigerkantonaler Instanz zugewiesenen Funktionen:

- für Appellationen gegen die erstinstanzlich dem Kantonsgerichtspräsidenten zugewiesenen Fälle
- bei Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Aerzten oder Apotheken als Obmann des Schiedsgerichtes, neben je einem Schiedsrichter dieser Organisationen im Verfahren nach Art. 266 ff. ZPO
- als Einzelrichter im Verfahren vor Unfall- und Militärversicherungsgericht bis zum Streitwert von Fr. 500.--
- für die Bewilligung von zivilgerichtlichen Amtshandlungen ausserkantonaler Gerichtsorgane auf dem Gebiet des Kantons Appenzell A.-Rh.

### c) Das Verfahren

Auf die Appellation an den Obergerichtspräsidenten finden die allgemeinen Vorschriften über die Appellation und über das summarische Verfahren entsprechende Anwendung, mit den in Art. 281 ZPO aufgezählten Abweichungen. Im Gegensatz zur Verhandlung vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichtes findet vor dem Obergerichtspräsidenten in der Regel keine mündliche Verhandlung statt.

### III. DIE RICHTSBEHÖRDEN DES KANTONS ST.GALLEN

#### A. Vorbemerkung

##### 1. Die Unterscheidung der Gerichte

Im Kanton St.Gallen werden die Gerichte nach dem Zivilrechtspflegegesetz in ordentliche, besondere Gerichte und in Verwaltungsbehörden nach den näheren gesetzlichen Bestimmungen unterschieden.<sup>1</sup> Im Zivilprozess erstreckt sich die Zuständigkeit der Sondergerichte auf einen beschränkten Kreis besonders gearteter Rechtsverhältnisse vermögensrechtlicher Natur.<sup>2</sup> Dies wird sogleich deutlich, wenn die Sondergerichte anhand des st.gallischen ZP aufgezählt werden. Es handelt sich dabei auf zivilrechtlicher Ebene um das Handelsgericht, das Stickereifachgericht, die Arbeitsgerichte und die vertraglichen Schiedsgerichte. Da der Grundeigentümer normalerweise wegen seines Eigentums nicht mit diesen Sondergerichten in Berührung kommt, kann in dieser Arbeit auf eine Detailbehandlung dieser Gerichte verzichtet werden.

##### 2. Die ordentlichen Gerichtsbehörden des Kantons St.Gallen

Gemäss Art.2 Ziff.1 ZP wird die Rechtspflege von folgenden ordentlichen Gerichtsinstanzen ausgeübt: den Vermittlern, den Bezirksgerichtspräsidenten, den Gerichtskommissionen, den Bezirksgerichten, den Einzelrichtern des Kantonsgerichtes, der Rekurskommission des Kantonsgerichtes, dem Kantonsgericht und seinen Zivilkammern, der Aufsichtscommission über Anwälte und Rechtsagenten<sup>3</sup> und dem Kassationsgericht. Soweit diese Behörden für den Grundeigentümer relevant werden können, werden sie im folgenden einzeln behandelt.

---

<sup>1</sup> Art.2 ZP.

<sup>2</sup> Vgl. oben, S.35.

<sup>3</sup> Diese Kommission befasst sich vor allem mit der Aufsicht und dem Disziplinarwesen der Anwälte und Rechtsagenten und wird deshalb hier nicht weiter behandelt.

Die Wahlfähigkeit in die Behörden richtet sich nach Art. 104 KV. In Art. 105 der Verfassung sind die Ausschlussgründe genannt.<sup>1</sup> Die Amtsdauer des Kantonsgerichtes und der Kassationsbehörde beträgt sechs Jahre, diejenige der Bezirksgerichte und der Vermittler vier Jahre. Alle durch die Verfassung aufgestellten Behörden treten nach erfüllter Amtsdauer in ihrer Gesamtheit zurück, ihre Mitglieder sind jedoch wieder wählbar. Bis zum 60. Altersjahr besteht Amtszwang für die Ämter in der Wohngemeinde und im Wohnbezirk, d. h. jeder wahlfähige Bürger ist verpflichtet, eine von seiner Wohngemeinde oder von seinem Wohnbezirk getroffene Wahl in die Gemeindebehörde oder als Richter für je ein Amt und eine Amtsdauer anzunehmen.<sup>2</sup>

## B. Die ordentlichen Gerichtsbehörden im einzelnen

### 1. Der Vermittler<sup>3</sup>

#### a) Die Organisation

Der Vermittler ist die einzige richterliche Behörde auf Gemeindeebene. Nach Kantonsverfassung und Zivilrechtspflegegesetz<sup>4</sup> hat jede politische Gemeinde einen Vermittler und einen Stellvertreter zu wählen. Der Gemeinde St. Gallen bleibt es vorbehalten, in der Gemeindeordnung die Zahl der zu wählenden Vermittler dem Bedarf anpassen zu können, wobei das Kantonsgericht auf Vorschlag des Stadtrates die nötigen Vorschriften über Leitung und Verteilung der Geschäfte erlässt.<sup>5</sup> Die Vermittler stehen unter der unmittelbaren Aufsicht des Bezirksgerichtspräsidenten. Diesem ist jährlich in der ersten Hälfte Januar über die Amtstätigkeit Bericht zu erstatten. Die Oberaufsicht über die Vermittler liegt beim Kantonsgericht. Auch nach den

---

<sup>1</sup> Die verwandtschaftlichen Ausschlussgründe sind in etwa dieselben wie im Kt. AR, vgl. oben, S. 37.

<sup>2</sup> Art. 106 KV.

<sup>3</sup> Vgl. Max Gubser, Begründung und Ausbau des Vermittleramtes (Friedensrichteramtes) im Kanton St. Gallen, Diss. ZH 1939.

<sup>4</sup> Art. 77 KV; Art. 8 ZP.

<sup>5</sup> In der Stadt St. Gallen ist gegenwärtig ein vollamtlicher Vermittler tätig.

st.gallischen Gesetzesbestimmungen wäre es möglich, für mehrere Gemeinden zusammen einen einzigen Vermittler zu bestimmen. Dies könnte für kleinere Gemeinden nur von Vorteil sein, wenn dieser entsprechend der ausgedehnteren Amtsausübung mehr Erfahrung mitbrächte. Neben dem Sühneversuch,<sup>1</sup> d.h. einer geschickten Vorstandsführung, muss der Vermittler, wenn zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen ist, imstande sein, die Rechtsbegehren auf dem Leitschein richtig zu formulieren. Mangelhafte Kenntnisse des Vermittlers in dieser Hinsicht können zu Schwierigkeiten führen. Um daraus sich ergebenden Rechtsunsicherheiten vorzubeugen, dürfte die Frage der Bestellung der Vermittlerämter und ihre Organisation auch im Kanton St.Gallen früher oder später zur Sprache kommen. Im Kanton St.Gallen amten derzeit 90 Vermittler.

#### b) Die sachliche Zuständigkeit

-----

Der Vermittler amtet als Einzelrichter in Zivilstreitigkeiten mit einem Streitwert bis Fr.100.--. (Das Verfahren in diesen Streitfällen richtet sich nach Art.307 ff. ZP und nicht nach Art.199 ff.ZP, ordentliches Sühnverfahren).

#### c) Das Verfahren<sup>2</sup>

-----

Wer einen Vermittlungsvorstand anbegehren will, hat dies beim Vermittler zu verlangen und ihm den Gegenstand der Klage, die Parteien und allfällige Vertreter anzugeben. Der Vermittler soll anlässlich des Vermittlungsvorstandes das Vorbringen der Parteien gewissenhaft prüfen, gegen offenbar unge-rechtfertigte Ansprüche oder Bestreitungen geeignete Vorstellungen machen und auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites hinwirken, soweit es sich um eine vergleichsfähige Sache handelt. Einziges Beweismittel ist der Augenschein. An der Vermittlung soll eine unbefangene Aussprache der Parteien gewährleistet sein. Mündliche Zusagen, die bei der Verhandlung vor Vermittleramt gemacht werden, fallen deshalb für das nachherige Gerichtsver-

---

<sup>1</sup> Art.46 ZP: "Der Vermittler ist in allen dem Zivilprozessverfahren unterstellten Streitigkeiten die Vermittlungsbehörde (Sühnebeamter)."

<sup>2</sup> Art.199 ff.ZP.

fahren ausser Betracht. Eine schriftliche Vernehmlassung ist auch hier unzulässig. Die Parteien haben grundsätzlich zu erscheinen. Kommt keine Einigung zustande und handelt es sich nicht um eine vom Vermittler zu entscheidende Streitsache, so ist jede Partei noch innert drei Monaten nach dem Vermittlungsvorstand berechtigt, die Ausstellung des Leitscheines an die zuständige Gerichtsinstanz zu verlangen. Die amtlichen Kosten des Verfahrens werden, wenn nicht durch Vergleich etwas anderes bestimmt wird, beim Kläger erhoben.

Wird der Rechtsstreit nicht beim Gericht eingeschrieben, und ist die Kostenfrage unerledigt geblieben, so entscheidet der Vermittler auf Begehren einer Partei nach Vernehmlassung der anderen endgültig und ohne Vorstand über die Tragung der amtlichen Kosten und über die Parteientschädigung.<sup>1</sup>

Gegen den Kostenspruch ist wie im Kanton Appenzell Ausserrhoden nur das ausserordentliche Rechtsmittel der Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 450 ZP im Falle der Willkür zulässig.<sup>2</sup>

## 2. Die Bezirksgerichte

### a) Die Organisation

In jedem der 14 Bezirke des Kantons St. Gallen ist ein Bezirksgericht eingesetzt. Die Gerichtskreise fallen alle mit den Bezirkseinteilungen zusammen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 211 ZP; GVP 1962 Nr. 24.

<sup>2</sup> Vgl. Lutz, Art. 211 N 5; zuständig ist die Rekurskommission des Kantonsgerichtes.

<sup>3</sup> Dies noch bis zum Inkrafttreten der neuen Gerichtsorganisation. Diese wird auf den Beginn der neuen Amtsdauer, Frühjahr 1979, in Kraft gesetzt. Mit der Neuorganisation soll die Arbeitsbelastung der einzelnen Bezirksgerichte und Bezirksgerichtskanzleien durch eine räumliche und personelle Aufteilung bzw. Zusammenlegung der örtlichen Zuständigkeitsbereiche besser verteilt werden. So waren bisher die Bezirksgerichte in den Gebieten mit den grössten Bevölkerungsdichten wie etwa St. Gallen, Rorschach, Unterreintal, Wil und Gossau weit mehr belastet als die übrigen. Dadurch kam es bei den betreffenden Gerichten z. T. zu massiven Verzögerungen und grossen Pendenzen. Dies soll durch die neue Organisation verhindert werden.

Die Zahl der Richter in den Bezirksgerichten ist je nach Bezirk verschieden. Ursprünglich war in der Kantonsverfassung vorgesehen, dass ein Bezirksgericht aus 7 Mitgliedern und 4 Ersatzrichtern bestehen soll. Gestützt auf Art. 79 KV wurden aber durch den Gesetzgeber differenzierte Regelungen getroffen. So bestehen heute das Bezirksgericht St. Gallen aus 14, die Bezirksgerichte Rorschach, Unterrheintal, Werdenberg, Sargans und See aus je 7 und die übrigen aus je 5 ordentlichen Richtern.

Die Bezirksrichter und Ersatzrichter werden in einem Urnenverfahren durch das Volk gewählt. Jedes Bezirksgericht wird nach jeder Erneuerungswahl durch das mit der höchsten Stimmenzahl gewählte Mitglied ohne Verzug zu einer konstituierenden Sitzung einberufen. Anlässlich der Konstituierung wählt das Gericht den Präsidenten, den ersten und zweiten Vizepräsidenten, die Gerichtskommission, den Gerichtsschreiber und Konkursbeamten und bei Bedarf den Gerichtsweibel.<sup>1</sup>

Den Bezirksgerichtsmitgliedern, den Ersatzrichtern und den Gerichtsschreibern ist die Ausübung des Berufes eines Anwaltes oder Rechtsagenten in ihrem Bezirk untersagt, ebenso jede derartige Funktion vor den höheren Instanzen in einem Fall, der vor ihrem Gericht beurteilt worden ist.

Die Bezirksgerichte stehen unter der Aufsicht des Kantonsgerichtes und haben über ihre Tätigkeit jährlich Bericht zu erstatten.

Die Bezirksrichter sind in der Regel Laien. Immerhin sind "in praxi" die Präsidenten in der Mehrzahl Juristen, fünf sind Nichtjuristen. Die Mitglieder des Bezirksgerichtes sind alle im Nebenamt tätig, die Abteilungspräsidenten des Bezirksgerichtes St. Gallen dagegen vollamtlich. Auch sind einzelne Bezirksgerichtspräsidenten - entsprechend ihrer Belastung -

---

<sup>1</sup> Für das Bezirksgericht St. Gallen bestehen insofern spezielle Regelungen, als Präsident und Vizepräsident des Gesamtgerichtes und die Abteilungspräsidenten bestimmt werden müssen. Das Kantonsgericht erlässt nach Einholung eines Vorschlages des Bezirksgerichtes eine Geschäftsordnung über die Leitung und die Zuteilung der Geschäfte an die Abteilungen, Präsidenten, Vizepräsidenten, Einzelrichter, Gerichtsschreiber und an das Hilfspersonal.

faktisch im Vollamt tätig.<sup>1</sup> Die Urteilsberatungen finden wie in Ausser-  
rhoden nach dem "Referenten"-System statt.<sup>2</sup>

#### b) Die sachliche Zuständigkeit

---

Als ordentliches Zivilgericht entscheidet das Bezirksgericht  
erstinstanzlich

- bei Zivilstreitigkeiten, die den Wert von Fr. 5'000.-- übersteigen
- bei Streitigkeiten, die ihrer Natur nach einer vermögensrechtlichen Wertung nicht fähig und keiner andern Gerichtsbehörde zur Beurteilung vorbehalten sind
- über alle Anfechtungsklagen nach Art. 230 OR
- in allen Nachlassachen, ausgenommen die Fälle betr. Stundungs-, Konkurs- und Nachlassachen nach dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, die dem Kantonsgericht vorbehalten sind
- in allen übrigen Zivilstreitigkeiten und über Begehren der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, wenn die Entscheidung nicht einer andern Behörde übertragen ist.

#### c) Das Verfahren

---

##### aa) Das Vorverfahren

Um einen Rechtsstreit bei einem Bezirksgericht im Kanton St. Gallen anhängig zu machen, hat der Kläger in allen Fällen, für die kein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist, eine Prozesseingabe einzureichen. Die Einreichung der Klageschrift ist Gültigkeitsvorschrift. Ob die Prozesseingabe den gesetzlichen Erfordernissen genügt, hat das Gericht zu entscheiden.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu die aufschlussreiche Umfrage von K. Bächinger, Die rechtliche Stellung des Richters im Kanton St. Gallen, Diss. ZH 1976, S. 145 ff.

<sup>2</sup> Vgl. oben, S. 44.

<sup>3</sup> Dies im Gegensatz zur Regelung im Kt. ZH, wo der Präsident darüber befindet.

Die Prozessschrift wird der andern Partei und allfälligen Streitbeteiligten durch die Gerichtskanzlei zugestellt. Der Beklagte hat innert 20 Tagen bei der Kanzlei seine Antwort einzureichen. Widerklagebegehren müssen schon am Vermittlungsvorstand erhoben werden. Die Antwort wiederum wird dem Kläger und den Streitbeteiligten durch die Kanzlei zugestellt. Der Kläger hat sodann innert 14 Tagen die Replik, der Beklagte 14 Tage nach Zustellung derselben die Duplik einzureichen.<sup>1</sup>

Prozesshindernde Einreden wie etwa die der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Rechtshängigkeit etc., sind durch Vorfragen zu erheben. Diese sind in der Regel mit der Hauptsache zu verbinden oder können im Einverständnis mit der Gegenpartei bzw. mit Einwilligung der Gerichtsleitung gesondert behandelt werden.

Der Gerichtspräsident, dem die Leitung des Vorverfahrens obliegt, kann z.B. Zeugen vorladen, gegen die nicht protestiert wurde und deren Einvernahme er als wahrscheinlich erachtet. Ebenso kann er einen Augenschein oder eine Vorbereitungsverhandlung anordnen.<sup>2</sup>

#### bb) Das Verfahren vor Gericht

Jede Partei hat an Schranken zwei Vorträge. Das Gericht kann bei Unklarheiten an die Parteien Fragen stellen. Nach Anhören der Parteien lässt das

---

<sup>1</sup> M.E. könnte in den meisten Fällen auf den zweiten Schriftenwechsel verzichtet werden; die Parteien haben ja noch in den beiden Vorträgen anlässlich der Hauptverhandlung Gelegenheit, sich zu den behaupteten erheblichen Tatsachen, über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der angeführten Beweismittel auszusprechen. Durch den doppelten Schriftenwechsel kommt es oftmals nicht nur in den Prozessschriften sondern auch an Schranken zu unnötigen Wiederholungen, die einer speditiven Prozess-erledigung keineswegs förderlich sind. Die geltende Regelung der ausser-rhodischen ZPO (vgl. oben, S.45) ist deshalb einem obligatorischen zweifachen Schriftenwechsel vorzuziehen.

<sup>2</sup> Die Vorbereitungsverhandlung gemäss Art.289 ZP gewinnt immer mehr an Bedeutung in komplizierten Streitsachen. In freier Aussprache und durch Befragung der Parteien soll der Streitfall in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung abgeklärt und ev. vereinfacht werden. In der Regel nehmen an der Verhandlung neben den Parteien der Präsident und der Gerichtsschreiber teil.

Gericht die Anwesenden abtreten und berät anschliessend die Streitsache. Sofern kein Beweisverfahren notwendig ist oder die Urteilsfällung aus andern Gründen aufgeschoben wird, fällt das Gericht ein Urteil. Das Dispositiv des Rechtsspruches wird den anwesenden Parteien vom Gerichtsschreiber mündlich verkündet. Das vollständige Erkenntnis wird den Parteien schriftlich zugestellt. Für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist die Zustellung des vollständigen Urteils massgebend.<sup>1</sup>

### 3. Die Gerichtskommission

#### a) Die Organisation

Wie aus Art. 11 Ziff. 2 ZP hervorgeht, haben die Bezirksgerichte an ihrer konstituierenden Sitzung eine Gerichtskommission, bestehend aus dem Gerichtspräsidenten und zwei weiteren Mitgliedern des Bezirksgerichtes, zu wählen. Der Gerichtsschreiber des Bezirksgerichtes amtet auch bei der Gerichtskommission.

#### b) Die sachliche Zuständigkeit

Die Gerichtskommission ist wie das Bezirksgericht ein ordentliches Zivilgericht und ist zuständig in Zivilstreitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens Fr. 1'000.--, nicht aber über Fr. 5'000.--. Sinn und Zweck dieser Behörde dürfte darin liegen, in kleineren Zivilprozessen nicht Kosten und Umtriebe entstehen zu lassen, die zum Streitwert in keinem Verhältnis stehen.

#### c) Das Verfahren

Das Verfahren vor der Gerichtskommission entspricht im wesentlichen demjenigen vor Bezirksgericht. Zu bemerken ist allerdings, dass in diesem

---

<sup>1</sup> Im Hinblick auf die Prozessökonomie ist m.E. auch hier die ausserordentliche Regelung vorzuziehen, indem nicht in jedem Fall unverzüglich ein motiviertes Urteil ausgefertigt werden muss, sondern nur in jenen Fällen, in denen die Parteien das Erkenntnis weiterziehen möchten. Diese Fälle werden dann auch vordringlich behandelt, während die übrigen für das Protokoll in einem späteren Zeitpunkt motiviert werden können.

Verfahren lediglich ein einziger Schriftenwechsel vorgesehen ist. Im Gegensatz zum Verfahren vor Bezirksgericht, wo Tatsachen und Beweismittel, die in den Prozessschriften nicht geltend gemacht wurden, an Schranken nur mit Zustimmung der Gegenpartei vorgebracht werden können, ist es im Verfahren vor der Gerichtskommission zulässig, Beweismittel und Beweisangebote bis zum Schluss des mündlichen Vortrages einzulegen oder anzumelden.<sup>1</sup>

#### 4. Die Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter

##### a) Allgemeines

Jeder Bezirksgerichtspräsident übt neben dem Präsidentenamt in seinem Bezirk auch einzelrichterliche Tätigkeit aus. Im Verhinderungsfalle wird er vom Vizepräsidenten vertreten.

##### b) Die sachliche Zuständigkeit

Der Bezirksgerichtspräsident entscheidet als ordentliche Zivilgerichtsbehörde abschliessend bei Zivilstreitigkeiten im Werte von über Fr.100.-- bis Fr.500.--<sup>2</sup> und ist daneben für den Erlass einer Reihe im Zivilrechtspflegegesetz genau umschriebener Verfügungen zuständig.

Unter Vorbehalt der Berufung an den Appellationsrichter des Kantonsgerichtes entscheidet er in Zivilstreitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr.500.-- bis Fr.1'000.--. Daneben obliegt ihm das Befehlsverfahren. Gemäss Art.389 Ziff.3 ZP fallen darunter die Besitzesschutzklagen nach Art.927 ff. ZGB. Er ist ferner für eine Reihe weiterer Entscheidungen und Verfügungen zuständig.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Verschuldete Verspätung kann aber zur Verschiebung der Verhandlung auf Kosten des Fehlbaren führen, wenn der Gegenpartei das sofortige Eintreten nicht zugemutet werden kann. Ebenso kann der Säumige noch mit einer Ordnungsbusse belegt werden (Lutz, Art.306 N 2.).

<sup>2</sup> Vgl. die abschliessende Aufzählung der Kompetenzen in Art.48 ZP.

<sup>3</sup> Vgl. die abschliessende Zuständigkeitsordnung von Art.49 ZP.

In einer Anzahl von Fällen ist er einziger, bei Ablehnung des Begehrens erstinstanzlicher Richter,<sup>1</sup> oder er amtiert erstinstanzlich unter Vorbehalt der Genehmigung der Rekurskommission.<sup>2</sup> Zudem erledigt er die von schweizerischen oder ausländischen Behörden eingehenden Begehren in Zivilsachen um Einvernahmen, Erhebungen und Zustellungen in seinem Bezirk. Im Zweifelsfalle holt er beim Kantonsgerichtspräsidenten Weisung ein.

### c) Das Verfahren<sup>3</sup>

-----

Will eine Partei einen Rechtsstreit im einzelrichterlichen Verfahren anhängig machen, so hat sie das Rechtsbegehren mündlich oder schriftlich beim Bezirksgerichtspräsidenten unter Beilage des Leitscheines zu stellen. Obwohl das Verfahren im wesentlichen ein mündliches ist, kann anstelle der mündlichen Verhandlung das schriftliche Verfahren treten.

Der Einzelrichter hat nach Anhören der Parteien eine gütliche Beilegung der Streitsache zu versuchen. Deshalb ist eine Vertretung der Parteien in der Regel unzulässig.<sup>4</sup>

Ist ein Beweisverfahren nötig, so fordert der Gerichtspräsident die Parteien auf, ihre Beweisanträge und Beweismittel genau zu bezeichnen. Es können alle Beweismittel (Augenschein, Zeugen, Sachverständige etc.) beantragt werden. Allerdings ist das Verfahren möglichst zeit- und kostensparend durchzuführen. Sofern keine Beweise abzunehmen sind, ist das Urteil innert 10 Tagen nach dem Anbegehren des Vorstandes, in den andern Fällen möglichst rasch nach Abschluss des Beweisverfahrens zu fällen.

---

<sup>1</sup> Art. 51 ZP.

<sup>2</sup> Art. 52 ZP.

<sup>3</sup> Art. 307 ff. ZP.

<sup>4</sup> Art. 117 Abs.1 ZP; Lutz, Art. 308 N 1.

## 5. Das Kantonsgericht

### a) Die Organisation

Das Kantonsgericht besteht aus 11 Mitgliedern. Der Grosse Rat hat die Möglichkeit, die Zahl um höchstens zwei zu erhöhen.<sup>1</sup> Als Ersatzrichter amten die Präsidenten der Bezirksgerichte. Daneben wählt der Grosse Rat drei bis fünf weitere Ersatzrichter.<sup>2</sup>

Der Präsident wird vom Grossen Rat auf die Dauer von zwei Jahren gewählt.<sup>3</sup> Vizepräsident, Kammerpräsidenten und deren Vizepräsidenten werden vom Gericht selber bezeichnet.<sup>4</sup> Ebenso bestimmt das Gericht die Rekurskommission von drei Mitgliedern sowie die Einzelrichter des Kantonsgerichtes und ihre Stellvertreter.<sup>5</sup> Es hat auch die Gerichtsschreiber und das Kanzleipersonal zu wählen.

Das Kantonsgericht erledigt seine Geschäfte als Gesamtgericht oder in Abteilungen. Für die Beurteilung von Zivilstreitigkeiten werden zwei Zivilabteilungen (Kammern) gebildet. Ist die Arbeitsbelastung zu gross, so kann das Kantonsgericht die Zahl der Abteilungen und Einzelrichter durch die Geschäftsordnung vermehren, unter Anzeige an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates. Eine Kammer zählt fünf Mitglieder. Streitsachen, deren Erledigung für die Rechtsprechung von Bedeutung ist, können zur Entscheidung an das Gesamtgericht gebracht werden. In diesen Fällen wirken neun Richter mit, den Ausstand der überzähligen Mitglieder regelt die Geschäftsordnung.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Gegenwärtig sind 11 Kantonsrichter im Amt, wovon zwei Frauen.

<sup>2</sup> Zurzeit sind 5 Ersatzrichter gewählt, wovon vier Juristen und ein Bezirksrichter.

<sup>3</sup> Art. 18 Abs. 1 ZP.

<sup>4</sup> Art. 18 Abs. 2 Ziff. 1 u. 2 ZP.

<sup>5</sup> Art. 18 Abs. 2 Ziff. 3 u. 4 ZP.

<sup>6</sup> Art. 17 Abs. 4 ZP; Geschäftsordnung des Kantonsgerichtes vom 24. August 1954, bGS 5, 521.

## b) Die sachliche Zuständigkeit

---

Als ordentliches Zivilgericht beurteilt das Kantonsgericht als letzte kantonale Instanz alle Streitigkeiten, die dem Bezirksgericht als erster Instanz zugewiesen sind, oder deren Beurteilung durch die Bundesgesetzgebung an eine einzige kantonale Instanz gewiesen und nicht dem Handelsgericht vorbehalten ist. Zudem kann das Kantonsgericht durch Prorogation unter Umgehung der Bezirksgerichte, zur Streiterledigung verpflichtet sein.<sup>1</sup> Das Kantonsgericht ist ferner zuständig für Verordnungen betr. Anwaltsberuf und den Erlass von Weisungen an die unter seiner Aufsicht stehenden Behörden und Beamten.<sup>2</sup>

Von den 11 Kantonsrichtern sind sieben vollamtlich tätig. Diese sind ausgebildete Juristen, während die vier nebenamtlichen Richter mehrheitlich Nichtjuristen sind.

Der Grosse Rat wählt die Mitglieder des Kantonsgerichtes gemäss Art. 87 Abs. 2 KV frei aus allen wahlfähigen Bürgern. In den meisten Fällen rekrutieren sich die Kantonsrichter aber aus Mitgliedern der Bezirksgerichte, vornehmlich deren Präsidenten. Die Amtsdauer beträgt sechs Jahre,<sup>3</sup> eine Wiederwahl ist möglich und Praxis. Den Mitgliedern und Schreibern des Kantonsgerichtes und seiner Abteilungen ist die Ausübung des Berufes eines Anwaltes oder Rechtsagenten untersagt.<sup>4</sup> Die Erstattung von Gutachten ist ihnen nur erlaubt, sofern die Fälle nicht der st. gallischen Gerichtsbarkeit unterstehen.

---

<sup>1</sup> Art. 58 Abs. 2 ZP; Für die direkte Leitung an das Kantonsgericht bedarf es im Minimum einer schriftlichen Vereinbarung, vgl. Lutz, Art. 58 N 2.

<sup>2</sup> Art. 59 u. 60 ZP.

<sup>3</sup> Art. 93 KV.

<sup>4</sup> Obwohl Art. 21 ZP die Anwalts- und Rechtsagententätigkeit generell verbietet, muss das Verbot der Berufsausübung aber wohl auf den Kt. SG beschränkt werden, kann doch das st. gallische ZP kaum bestimmen, wer ausserkantonale als Anwalt oder Rechtsagent tätig sein darf. Im übrigen ist auch nicht einzusehen, worauf das Verbot der ausserkantonalen Tätigkeit begründet werden soll.

## 6. Die Rekurskommission des Kantonsgerichtes

Die Rekurskommission wird vom Kantonsgericht aus drei seiner Mitglieder bestellt, wovon einer der gewählten als Präsident bestimmt wird.<sup>1</sup> Sie ist ein ordentliches Zivilgericht und entscheidet in erster Linie als zweite Instanz. Ihr unterstehen die zivilrechtlichen Berufungen gegen Erkenntnisse der Gerichtskommissionen sowie Rechtsverweigerungsbeschwerden gemäss Art. 450 ZP.<sup>2</sup>

## 7. Die Einzelrichter des Kantonsgerichtes

Die Einzelrichter des Kantonsgerichtes sind der Kantonsgerichtspräsident, der bestimmte präsidiale Verfügungen zu treffen hat,<sup>3</sup> der Appellationsrichter und der Rekursrichter für Schuldbetreibung und Konkurs. Der Rekursrichter entscheidet über Berufungen gegen die von den Bezirksgerichtspräsidenten unter Vorbehalt der Berufung an den Rekursrichter gefällten Entscheide in SchKG-Sachen.<sup>4</sup> Der Appellationsrichter entscheidet abschliessend über Berufungen gegen berufungsfähige Erkenntnisse der Bezirksgerichtspräsidenten und bestimmte von diesen erlassene Verfügungen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 18 Abs. 2 Ziff. 3 ZP.

<sup>2</sup> Ebenso ist sie zuständig für Berufungen z.T. gegen das Stickereifachgericht und gegen die Arbeitsgerichte (Art. 419 ZP). Schliesslich fallen auch Gebührenstreitigkeiten von Anwälten und Rechtsagenten, Bestätigungen der Verschollenerklärungen der Bezirksgerichte und genehmigungsbedürftige Verfügungen der Bezirksgerichtspräsidenten in ihre Zuständigkeit (Art. 57 ZP).

<sup>3</sup> Art. 56 Ziff. 1 ZP.

<sup>4</sup> Art. 50 ZP.

<sup>5</sup> Art. 56 Ziff. 2 u. Art. 420 ZP.

## 8. Das Kassationsgericht<sup>1</sup>

Das Kassationsgericht besteht aus 5 nebenamtlichen Mitgliedern und 4 Ersatzrichtern. Die Kassationsrichter, und aus ihnen der Präsident, werden vom Grossen Rat frei aus allen wahlfähigen Bürgern gewählt.<sup>2</sup> Die Amtsdauer beträgt wie beim Kantonsrat sechs Jahre.<sup>3</sup> Das Kassationsgericht ist ein ausschliessliches Juristengericht und setzt sich hauptsächlich aus Anwälten zusammen. Es steht unter der Aufsicht des Grossen Rates und hat über seine Tätigkeit, wie das Kantonsgericht, Bericht zu erstatten. Es wählt den Gerichtsschreiber selber.

Das Kassationsgericht ist nur als Rechtsmittelinstanz tätig und beurteilt in Zivilsachen Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse des Kantonsgerichtes, des Handelsgerichtes und der vertraglichen Schiedsgerichte.<sup>4</sup> Von der Materie der zu behandelnden juristischen Fragen her ist die Zusammensetzung der Kassationsbehörde ausschliesslich aus Juristen durchaus verständlich.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu Max Custer, Kassationsgericht und Nichtigkeitsbeschwerde in der st.gallischen Zivilrechtspflege, Diss. ZH 1944.

<sup>2</sup> Art. 87 Abs. 2 KV.

<sup>3</sup> Art. 93 KV.

<sup>4</sup> Art. 61 ZP.

#### IV. DIE GERICHTSBEHOERDEN DES KANTONS ZUERICH

##### A. Vorbemerkung

Im Gegensatz zu den eben behandelten Gerichtsbehörden der Kantone Appenzell Ausserrhoden und St. Gallen, die ihre Gerichte zum Teil bereits in ihren Kantonsverfassungen detailliert aufgeführt haben, hat es die zürcherische Staatsverfassung in Art. 58 der Gesetzgebung überlassen, nicht nur die Kompetenzen, sondern auch die Zahl und Organisation der Gerichte zu bestimmen. Auf Grund dessen war es im Kanton Zürich notwendig, in einem Gesetz den Bestand, die Zuständigkeit und die Organisation der Gerichte zu ordnen. Im ersten Abschnitt des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 werden die Friedensrichter, die Arbeitsgerichte, die Mietgerichte, die Einzelrichter, die Bezirksgerichte, das Obergericht, das Geschworenengericht, das Handelsgericht und das Kassationsgericht als Rechtspflegeorgane aufgeführt. Von diesen Behörden sind mit Ausnahme des Geschworenengerichtes zwar alle für die Zivilrechtspflege von Bedeutung; der Grundeigentümer wird aber im Normalfall nur mit einem Teil derselben in Berührung kommen. Im folgenden wird deshalb nur auf diejenigen Zivilgerichte eingegangen, welche Streitigkeiten des Grundeigentümers zu beurteilen haben.

##### B. Die Gerichtsinstanzen im einzelnen

Gerichtsinstanzen, mit denen der Grundeigentümer in Berührung kommen kann, sind der Friedensrichter, die Einzelrichter, die Bezirksgerichte, das Landwirtschaftsgericht, das Obergericht und das Kassationsgericht. Nachdem diese Gerichte und ihre Organisation erst kürzlich eine zusammenfassende Darstellung gefunden haben,<sup>1</sup> sei im folgenden neben der Aufzählung der gesetzlichen Bestimmungen darauf verwiesen.

---

<sup>1</sup> H.U. Walder-Bohner, Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein Handbuch, Zürich 1977.

## 1. Der Friedensrichter

Auch im Kanton Zürich besteht die Hauptaufgabe des Friedensrichters darin, die Parteien auszusöhnen.<sup>1</sup> Aus zureichenden Gründen, beispielsweise bei Aussicht auf einen Vergleich, kann der Vermittler eine zweite Sühneverhandlung anordnen.<sup>2</sup> Zuständigkeit und Kompetenzen des Friedensrichters sind in den §§ 4 - 7 GVG geregelt. Vgl. Walder II, S.58 f.

## 2. Die Bezirksgerichte

Die Bestimmungen über die Bezirksgerichte sind in den §§ 26 - 37 ff. GVG enthalten. Vgl. Walder II, S.60 ff.

## 3. Die Einzelrichter

Das GVG enthält in den §§ 19 - 25 die Zuständigkeitsordnung der Einzelrichter. Vgl. Walder II, S.62.

## 4. Das Obergericht

Zuständigkeit und Organisation des Obergerichtes des Kantons Zürich ist in den §§ 38 - 49 GVG geregelt. Vgl. Walder II, S.63 ff.

## 5. Das Kassationsgericht

Für das Kassationsgericht als oberstes Gericht des Kantons Zürich sind die §§ 66 - 69 GVG massgebend. Vgl. Walder II, S.76.

---

<sup>1</sup> ZH § 97 ZPO.

<sup>2</sup> Im Kt. AR besteht für diesen Zweck die "Offenhaltung des Protokolls", Art.108 ZPO, was im Kt. SG verpönt ist (vgl. Lutz, Art.205 Ziff.5).

## 6. Das Landwirtschaftsgericht<sup>1</sup>

Dieses Gericht ist nicht im GVG, sondern im dritten Abschnitt des kantonalen Landwirtschaftsgesetzes geregelt.<sup>2</sup> Es handelt sich um ein Sondergericht, das für den Grundeigentümer von Bedeutung sein kann. Es bedarf deshalb ebenfalls der Erwähnung.

Das Landwirtschaftsgericht hat vor allem Einsprachen betr. Bodenverbesserungen und weitere Massnahmen zur Verbesserung der Betriebsverhältnisse, also Güterzusammenlegung, Anlage von Flurwegen usw., zu behandeln, soweit darüber vom Bezirksrat keine Einigung erzielt werden kann.

Das Landwirtschaftsgericht besteht nach § 139 des Landwirtschaftsgesetzes aus einem rechtskundigen Präsidenten und vier Fachleuten der Land- und Forstwirtschaft sowie den nötigen Ersatzleuten. Die Mitglieder werden vom Regierungsrat auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt. Das Gericht selber bestimmt einen rechtskundigen Sekretär.<sup>3</sup>

Das Verfahren vor dem Landwirtschaftsgericht ist mündlich.<sup>4</sup> Die Parteien - das sind die zuständige Kommission<sup>5</sup> als Klägerin und der Einsprecher, eventuell weitere durch die Einsprache betroffene Grundeigentümer - haben persönlich zu erscheinen. Stellvertretung ist nur bei Verhinderung durch wichtige Gründe gestattet.<sup>6</sup> Im übrigen gelten die Vorschriften der §§ 5-18 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes sinngemäss.

---

<sup>1</sup> Vgl. Hans Studer, Das landwirtschaftliche Schiedsgericht des Kantons Zürich, Diss. ZH 1930; Walder II, S.76.

<sup>2</sup> Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft vom 22. September 1963, LG, OS 41, 545.

<sup>3</sup> § 139 Abs.3 LG.

<sup>4</sup> § 142 Abs.1 LG.

<sup>5</sup> Z.B. die Kommission, welche die Güterzusammenlegung durchzuführen hat.

<sup>6</sup> § 143 Abs.2 LG.

## § 2 DIE ZUSTAENDIGKEIT DER GERICHTE

=====

### I. VORBEMERKUNG

Klagen tendieren auf Erlass eines Urteils, Gesuche auf Erlass eines Beschlusses oder einer Verfügung. Nicht jede Klage kann aber bei jedem Gericht anhängig gemacht werden, weil nicht jedes Gericht befugt ist, über jeden Anspruch zu entscheiden.

### II. BEGRIFF

Voraussetzung zur Anhandnahme einer Klage durch das angerufene Gericht ist dessen Zuständigkeit. Darunter sind der dem Gericht von der Gesetzgebung übertragene Aufgabenbereich zu verstehen oder auch die Grenzen, innerhalb welcher für das Gericht die Berechtigung und Pflicht besteht, seine Tätigkeit zu entfalten.<sup>1</sup> Die Zuständigkeit ist gegeben, wenn das angerufene Gericht örtlich, sachlich und funktionell (instanzlich) zuständig ist.

### III. DIE BESTIMMUNG DER ZUSTAENDIGKEIT

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach räumlichen Gesichtspunkten.<sup>2</sup>

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach der Art der zu beurteilenden Sache; sie betrifft die Frage, für welche Arten von Streitsachen ein Gericht zuständig ist, oder anders ausgedrückt, welche Gattung eines Gerichtes in einer zu beurteilenden Angelegenheit zu entscheiden hat.

Die funktionelle Zuständigkeit schliesslich bestimmt sich nach der Art der vom Gericht im einzelnen Prozess zu entfaltenden Tätigkeit; sie betrifft die Frage, für welche Stufe richterlicher Tätigkeit ein Gericht eingesetzt ist.

---

<sup>1</sup> Vgl. Guldener I, S.71; Walder II, S.89.

<sup>2</sup> Massgebend ist im allgemeinen das Territorialitätsprinzip.

#### IV. ENTSCHEIDUNG DER ZUSTAENDIGKEITSFRAGE

Jedes Gericht entscheidet selbständig über seine Zuständigkeit (auch ein allenfalls unzuständiges Gericht).<sup>1</sup> Es hat seine Zuständigkeit nicht erst zu überprüfen, wenn diese von einer Partei in Frage gestellt wird; es entscheidet vielmehr von Amtes wegen über seine Zuständigkeit.

### § 3 DIE OERTLICHE ZUSTAENDIGKEIT (GERICHTSSTAND)

#### I. VORBEMERKUNG

Wie die Kantone für ihr Gebiet die Gerichtsbehörden zu bestimmen haben, so steht ihnen grundsätzlich auch die Festlegung der Gerichtsstände zu.<sup>2</sup> Die Bundesgesetzgebung hat aber mannigfach in diese Materie eingegriffen: In erster Linie mit Art. 59 BV, dann mit dem BG über Schuldbetreibung und Konkurs, mit dem ZGB und weiteren Gesetzen.<sup>3</sup> Wenn also ein Grundeigentümer oder ein Dritter gegen einen solchen einen Prozess anstreben will, so hat dies am zuständigen Ort, d.h. bei dem im Gesetz vorgeschriebenen Gericht zu geschehen.

---

<sup>1</sup> Guldener I, S. 74.

<sup>2</sup> Art. 64 Abs. 3 BV, SchlT Art. 54 ZGB, Guldener I, S. 57.

<sup>3</sup> Vgl. Lutz, Art. 82 N 1 Abs. 2 ZP; ebenso Sträuli/Hauser, § 20 N 1 - 4 ZPO; Sträuli/Messmer, § 1 N 2 und dort zit. Literatur; Walder II, S. 100 ff. Insbesondere enthalten zahlreiche Spezialgesetze des Bundes Gerichtsstandsvorschriften. So sieht z.B. das Patent- und Wettbewerbsverletzungsgesetz als Gerichtsstand den Ort vor, an dem die Patent- oder Wettbewerbsverletzung begangen wurde, sofern der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hat (Art. 5 Abs. 1 UWG); die Gesetze über Bau und Betrieb öffentlicher Verkehrsmittel ermöglichen dem Kläger die Erhebung der Klage in seinem Kanton (vgl. Art. 4 des Eisenbahngesetzes); die Haftpflichtgesetze sehen in der Regel als Gerichtsstand den Unfallort vor.

## II. DER ORDENTLICHE GERICHTSSTAND

---

### A. Im allgemeinen

---

Das "forum commune generale", bei dem die Klagen und Gesuche im allgemeinen anzubringen sind, ist der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten, das "forum domicili". Er steht im Gegensatz zu den besonderen Gerichtsständen. Soweit im Einzelfall kein besonderer Gerichtsstand vorgeschrieben ist, können alle Klagen am Ort des allgemeinen Gerichtsstandes erhoben werden.<sup>1</sup> Dieser befindet sich bei natürlichen Personen am Wohnsitz<sup>2</sup> des Beklagten zurzeit der Klage oder, wenn ein solcher nicht bestimmt werden kann, am letzten Aufenthaltsort des Beklagten.<sup>3</sup>

Richtet sich die Klage gegen eine juristische Person<sup>4</sup> oder gegen eine Gesellschaft, die unter eigener Firma eingeklagt werden kann, so muss am Sitz der juristischen Person oder der Gesellschaft geklagt werden.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art. 24 ZPO, SG Art. 82 ZP, ZH § 2 ZPO. Die Klagen sind, wenn ein Sühnverfahren stattzufinden hat, beim Friedensrichter anzubringen. Dadurch entsteht in den Kantonen AR, SG und ZH keine Rechtshängigkeit (ausgenommen bei Klagen, die wegen ihres niederen Streitwertes vom Vermittler selber entschieden werden). Die Klagen werden erst rechtshängig, wenn sie beim zuständigen Gericht eingereicht worden sind. Im Kt. ZH genügt dabei gemäss § 102 ZPO die Einreichung der Weisung, sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, andernfalls ist mit der Weisung auch eine schriftliche Klagebegründung einzureichen. In den Kantonen AR und SG gehört zur rechtsgenügenden Klageeinleitung beim Gericht die Einreichung einer Klageschrift (es sei denn, die Klage werde im Officialverfahren behandelt). Hat ein Sühnverfahren stattgefunden, ist auch der Leitschein mit-einzureichen. Fehlt die Klageschrift oder genügt sie den Anforderungen nicht, so ist in AR zwar die Frist zur Anhängigmachung der Klage gewahrt, der klägerischen Partei wird aber gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO eine Notfrist angesetzt zur Einreichung einer verbesserten Klageschrift.

<sup>2</sup> Der Wohnsitz entspricht dem Wohnsitzbegriff des ZGB.

<sup>3</sup> SG Art. 82 u. 83 ZP, ZH § 2 Abs. 2 u. 3 ZPO. Art. 84 des st. gallischen ZP schafft darüber hinaus noch die Möglichkeit, Personen, für die in der Schweiz nach den geltenden Bestimmungen kein Gerichtsstand besteht, da zu belangen, wo die Verbindlichkeiten entstanden oder zu erfüllen sind, oder wo diese Personen Vermögen besitzen. (Vgl. unten, S. 95, Der Gerichtsstand des Vermögens).

<sup>4</sup> Art. 52 ff. ZGB.

<sup>5</sup> AR Art. 26 ZPO, SG Art. 82 Ziff. 2 ZP; Sträuli/Messmer, § 2 N 12.

## B. Der ordentliche Gerichtsstand in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, St.Gallen und Zürich

---

Bei Klagen, die am ordentlichen Gerichtsstand anzubringen sind, ist in allen drei Kantonen - sofern ein Sühnverfahren vorgeschrieben ist - vorerst ein Vermittlungsvorstand beim Vermittler des Wohnsitzes der beklagten Partei anzubegehren. Nach erfolglosem Sühnversuch ist dann die Klage innert Frist<sup>1</sup> beim zuständigen Gericht zu erheben. Im Kanton Zürich wird die Weisung dem Kläger von Amtes wegen zugestellt, in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden und St.Gallen muss der Leitschein ausdrücklich verlangt werden. Der ordentliche Gerichtsstand für vermögensrechtliche Klagen befindet sich am Ort der sachlich zuständigen Instanz im entsprechenden Gerichtskreis, in welchem die beklagte Partei den Wohnsitz hatte bzw. wo sie sich zuletzt aufhielt.

Im Kanton Appenzell Ausserrhoden ist der ordentliche Gerichtsstand insofern einfach zu bestimmen, als sämtliche Klagen aus dem ganzen Kantonsgebiet, seien es solche die in die Zuständigkeit des Einzelrichters oder des Kantonsgerichtes fallen, bei der Kantonsgerichtskanzlei in Trogen anhängig gemacht werden können. In den Kantonen St.Gallen und Zürich ist der ordentliche Gerichtsstand bei der zuständigen Gerichtsinstanz im Wohnbezirk der beklagten Partei. Im Kanton St.Gallen gibt es somit entsprechend der Anzahl Bezirke 14, im Kanton Zürich 11 Möglichkeiten für die Anhängigmachung der Klagen.

## III. DIE GERICHTSSTANDSGARANTIE VON ART. 59 BV

---

Im allgemeinen hat der Kläger den Beklagten an dessen Wohnsitz zu belangen.<sup>2</sup> Dieser Grundsatz wird aber durch die Gerichtsstandsgarantie von Art.59 BV eingeschränkt. Sie garantiert den "Wohnsitzrichter" dem aufrecht-

---

<sup>1</sup> In AR innert Monatsfrist, Art.116 ZPO; in SG innert drei Monaten, Art. 208 ZP, im beschleunigten Verfahren innert 14 Tagen, Art.373 ZP; in ZH innert drei Monaten, § 101 ZPO, im beschleunigten Verfahren oder bei kurzer Klagefrist ohne Sühnverfahren, § 104 ZPO.

<sup>2</sup> Näheres bei Burckhardt, S.538 ff.

stehenden Schuldner, der in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat und der für persönliche Ansprachen belangt wird.<sup>1</sup>

Der Grundsatz, der in Art. 59 BV niedergelegt ist, findet sich schon in den alten Bünden. Schon lange fand diese Gerichtstandsgarantie nur für die "persönliche Ansprache" Anwendung. Anlässlich der Revision der BV von 1874 wurde die Wohnsitzgarantie für alle aufrechtstehenden Schuldner, die einen festen Wohnsitz in der Schweiz haben, mit Bezug auf persönliche Ansprachen gültig erklärt. Diese Garantie gilt auch für Ausländer, sofern sie in der Schweiz einen festen Wohnsitz haben.<sup>2</sup>

Die Geltendmachung der Gerichtstandsgarantie gemäss Art. 59 BV ist, wie aus dem Verfassungstext hervorgeht, von drei Voraussetzungen abhängig:<sup>3</sup>

- es muss sich bei der Klage um eine privatrechtliche, und zwar persönliche und schuldrechtliche handeln<sup>4</sup>
- der Schuldner (wenn er sich im Prozess auf Art. 59 BV beruft, der Beschwerdeführer) muss aufrechtstehend, d.h. zahlungsfähig sein
- der Schuldner bzw. der Beschwerdeführer nach Art. 59 BV muss in der Schweiz einen festen Wohnsitz haben.

---

<sup>1</sup> BGE 41 I 114, 94 I 48 ff.: "Laut Art. 59 Abs. 1 BV muss der aufrecht stehende Schuldner, der in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, für "persönliche Ansprachen" vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden. In der Bezeichnung des Gerichtsstandes für andere Klagen sind die Kantone dagegen (vorbehaltlich der Sonderbestimmungen des Bundeszivilrechtes) frei; sie können hierfür die Zuständigkeit der Gerichte am Ort der gelegenen Sache vorsehen, wie das im Art. 88 der st. gallischen ZPO für "alle Streitigkeiten über Grundeigentum, Besitz und Rechte an Grundstücken" geschehen ist."

<sup>2</sup> Vorbehalten bleiben anderslautende Vereinbarungen in Staatsverträgen, Art. 59 Abs. 2 BV.

<sup>3</sup> Vgl. Walder II, S. 90 f.

<sup>4</sup> Burckhardt, S. 548, Fleiner/Giacometti, S. 859, und Sträuli/Messmer, § 2 N 1, sprechen von "vermögensrechtlichen Klagen"; V. d. Crone findet diese Bezeichnung zu eng, s. hierzu S. 31 Anm. 24; Guldener I, S. 58: "Keine persönlichen Ansprüche sind: familien- und erbrechtliche Ansprüche, dingliche Rechte und pfandversicherte Forderungen." Walder versteht unter persönlicher Ansprache "einen Rechtsstreit obligationenrechtlichen Charakters im weitesten Sinne" (Walder II, S. 90).

Nur wenn alle drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sind, kann Art. 59 BV angerufen werden. In diesem Fall ist für den Beklagten ausschliesslich der Gerichtsstand des Wohnortes verbindlich. Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht gegeben, so kann der Schuldner - im Zivilprozess der Beklagte - aber auch ausserhalb seines Wohnsitzkantons belangt werden.

#### IV. DIE BESONDEREN GERICHTSSTAENDE<sup>1</sup>

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessieren von den durch die verschiedenen Zivilprozessordnungen zur Verfügung gestellten besonderen Gerichtsständen nur diejenigen, die für den Grundeigentümer aktuell werden könnten.

##### A. Der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache

###### 1. Nach geltendem Recht<sup>2</sup>

###### a) Allgemeines

Bezüglich des Gerichtsstandes der gelegenen Sache bestimmt das st.gal. lische Zivilrechtspflegegesetz in Art. 88: "Alle Streitigkeiten über Grundeigentum, Besitz und Rechte an Grundstücken, über Ansprüche aus Zwangsabtretung von Grundeigentum oder Rechten an solchen, über Forderungen wegen Belastung eines Grundstückes oder aus der Ablösung einer solchen Belastung, über Beitragsleistungen an öffentlich-rechtliche Unternehmungen, sind da anzubringen, wo sich das Grundstück oder sein grösserer Teil befindet."<sup>3</sup>

Der Ort der gelegenen Sache bestimmt sich nach der bundesrechtlichen

---

<sup>1</sup> Die besonderen Gerichtsstände des kantonalen Rechts kommen nur unter Vorbehalt der abweichenden Vorschriften des Bundesrechts zur Anwendung. Bezüglich Vorschriften des Bundesrechts vgl. oben, § 3, Vorbemerkung, S. 72.

<sup>2</sup> AR Art. 33 ZPO, SG Art. 88 ZP, ZH §§ 6/7 ZPO.

<sup>3</sup> Diese Formulierung kann stellvertretend auch für die Gesetzesbestimmung

Zuständigkeit über die grundbuchliche Behandlung der Grundstücke.<sup>1</sup> Zu klagen ist bei demjenigen Gericht, in dessen Kreis das Grundstück aufgenommen ist, wenn das Grundbuch noch nicht eingeführt ist, dort wo das Grundstück aufzunehmen wäre. Liegt dieses in mehreren Grundbuchkreisen, so ist der Ort massgebend, wo der grösste Teil des Grundstückes liegt.<sup>2</sup>

Nach dem Wortlaut des Gesetzes beschränkt sich somit der Gerichtsstand der gelegenen Sache auf dingliche Ansprüche, und zwar auf solche an Liegenschaften, nicht auch an Fahrnis.<sup>3</sup>

Für die Frage der Zuständigkeit ist der Charakter des geltend gemachten Anspruches massgebend, vor allem ob dieser persönlicher oder dinglicher Natur ist.<sup>4</sup> Es ist deshalb angebracht, kurz auf die Begriffe dingliche Rechte, dingliche Ansprüche und dingliche Klagen einzugehen.

#### aa) Die dinglichen Rechte

Die Rechte, welche einer Person an einer Sache im Rechtssinne zustehen, nennt man Sachenrechte oder dingliche Rechte.<sup>5</sup> Die dinglichen Rechte gehören zu den absoluten Rechten. Sie gewähren eine umfassende Sach-

---

des Kantons AR diesem Abschnitt zugrunde gelegt werden. Dagegen sieht die Zürcher ZPO bezüglich dieses Gerichtsstandes eine weitergehende Regelung vor. So wird einmal in den §§ 6/7 zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen unterschieden und zum andern für Grundstücke der Ort als zuständig erklärt, wo das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre. Diese Formulierung gibt deshalb ebenfalls den Gerichtsstand für die Grundbuchberichtigungsklage an. Vgl. Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 19. Zudem können nach der zürcherischen Gesetzesbestimmung auch solche Klagen am Gerichtsstand der gelegenen Sache angehoben werden, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen.

<sup>1</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 19.

<sup>2</sup> Art. 952 Abs. 2 ZGB, Art. 6 Grundbuch-VO.

<sup>3</sup> Das "forum rei sitae" ist allerdings möglich, sofern Fahrnis als Bestandteile oder Zugehör an einer Liegenschaft beansprucht werden; vgl. Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 4.

<sup>4</sup> Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 1, 6 u. 7.

<sup>5</sup> Näheres s. Haab, Einl. N 51 ff.; v. Tuhr, Bd. I, S. 134 ff. u. S. 240 ff.; Huber, S. 33 ff.; Liver, Einl. vor Art. 730 ZGB N 2 ff.; Meier-Hayoz, Syst. Teil N 129 ff.; V. d. Crone, S. 26 ff.

herrschaft und sind, als notwendige Folge davon, gegenüber jedermann wirksam und können gegenüber jedermann durchgesetzt werden.<sup>1</sup> Dritte sind demzufolge zur Unterlassung jeglicher Störung solcher dinglicher Rechte verpflichtet. Der Berechtigte ist befugt, jede Störung oder Beeinträchtigung seines dinglichen Rechtes abzuwehren.

#### bb) Die dinglichen Ansprüche

##### aaa) Der Begriff des dinglichen Anspruches

Im Gegensatz zu einem dinglichen Recht kann sich ein Anspruch nie gegen eine unbestimmte Anzahl von Personen richten. Burckhardt umschreibt den Anspruch als eine "aktuelle, gewissermassen akut gewordene Berechtigung", die sich auf das Verhalten einer bestimmten Person bezieht.<sup>2</sup> Der Anspruch ist somit eine Berechtigung, die sich in bestimmten Fällen aus einem Recht oder einem Rechtsverhältnis ergibt.<sup>3</sup> Eine solche Berechtigung bezieht sich auf die Leistung eines Dritten. Die Leistung kann in einem Tun, Unterlassen oder Dulden bestehen.

Beispiel: Der Hauseigentümer hat das Recht, jedermann das Betreten seines Hauses zu untersagen; einen Anspruch hat er aber gegen niemanden, solange niemand das Haus betreten will. Will aber ein Unbefugter eindringen, so kann der Hauseigentümer "beanspruchen", dass der Unbefugte dies unterlasse.<sup>4</sup> Ist er aber bereits eingedrungen, so hat der Beeinträchtigte "Anspruch" auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.

##### bbb) Die Entstehung dinglicher Ansprüche

Ein Anspruch eines dinglich Berechtigten gegenüber einem Dritten entsteht dann, wenn der Dritte in dingliche Rechte eingreift, wenn er einen Zustand

---

<sup>1</sup> Meier-Hayoz, Syst. Teil N 129.

<sup>2</sup> Burckhardt II, S. 20; im Gegensatz zur virtuellen, ruhenden Berechtigung.

<sup>3</sup> Haab, Einl. N 55.

<sup>4</sup> Grundsätzlich würde ihm auch die Strafklage wegen Hausfriedensbruch zur Verfügung stehen.

herbeiführt, welcher die Ausübung des unmittelbaren Herrschaftsrechtes des dinglich Berechtigten hindert. Gegen einen solchen Störer hat der Berechtigte infolge seiner Beziehung zur Sache einen dinglichen Anspruch. Dieser Störer ist die Person, von welcher der dinglich Berechtigte ein Tun, Unterlassen oder Dulden verlangen kann.<sup>1</sup>

#### ccc) Schlussfolgerung

Zusammenfassend ergibt sich als dinglicher Anspruch jene aktuelle Berechtigung, welche dem dinglich Berechtigten gegenüber demjenigen zusteht, der ihn an der Verwirklichung seiner dinglichen Rechte hindert und welche dazu dient, das dingliche Recht gegenüber diesem Störer durchzusetzen.

#### cc) Die dingliche Klage

Ansprüche können auf zwei Arten geltend gemacht werden. Der erste und normale Weg wird die aussergerichtliche Mahnung sein.<sup>2</sup> Kommt der Verpflichtete der Aufforderung nicht freiwillig nach, so wird der Berechtigte den zweiten Weg beschreiten: er wird seine Ansprüche mit einer Klage durchsetzen.<sup>3</sup> Der Verletzte muss den Schutz des Richters anrufen und zivilrechtlich auf Aberkennung des angemassenen Rechtes oder auf Unterlassung der Störung klagen, worauf er das Urteil, wenn nötig, zwangsweise vollstrecken lassen kann.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> v. Tuhr, S.243; v. Tuhr/Siegwart, S.11/12.

<sup>2</sup> Der Eigentümer wird zunächst den Verletzer auffordern, die Beeinträchtigung seines Rechtes zu unterlassen. Anerkennt dieser das Recht des Verletzten, so wird er der Aufforderung Folge leisten, und der Fall ist erledigt. Er wird z.B. die ihm nicht gehörende Sache zurückgeben, den Ablauf des Wassers ändern oder schädigende Einwirkungen unterlassen.

<sup>3</sup> v. Tuhr/Siegwart, S.13.

<sup>4</sup> Der Berechtigte kann sein Recht in der Regel nicht selbst zwangsweise mit eigenen Mitteln durchsetzen. Er muss sich an den Staat wenden, der das Recht in einem geordneten, von Beamten geleiteten Verfahren durchsetzt, vollstreckt. Während die Verpflichtung auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung sich nach dem BG über Schuldbetreibung und Konkurs richtet (ZH § 303 ZPO), werden Entscheide über andere Verpflichtungen im Befehlsverfahren vollstreckt, soweit nicht schon das erkennende Gericht Vollstreckungsanordnungen getroffen hat. Das Befehlsverfahren seinerseits richtet sich nach kantonalem Recht.

Wenn also ein Berechtigter mit Hilfe des Staates seinen Anspruch durchsetzen will, so hat er dies mit einer Klage, einem Begehren um Rechtsschutz, das an den Staat gerichtet ist, zu tun.<sup>1</sup> Dient die Klage zur Geltendmachung dinglicher Ansprüche, so kann man sie als dingliche Klage bezeichnen.<sup>2</sup> Der Zusammenhang zwischen dem dinglichen Recht und der dinglichen Klage besteht demnach darin, dass mit letzterer ein sich aus ersterem ergebender dinglicher Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird.

Für Streitigkeiten um Rechte an Sachen ist in erster Linie der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache massgebend. Allgemein kann dies jedoch nur mit Bezug auf Immobilien gesagt werden. Für Mobilien gelten teilweise andere Grundsätze. Diese Regelung ist deshalb die zweckmässigste, weil dingliche Ansprüche, um die es bei Streitigkeiten um Rechte an Sachen in erster Linie geht, dort zur Behandlung gelangen sollen, wo sie entstehen, nämlich dort, wo die Sache gelegen ist. Das Gericht dieses Ortes hat denn auch die besten räumlichen Beziehungen zum Streitobjekt und ist mit den Gepflogenheiten am ehesten vertraut.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Das Begehren ist an den Friedensrichter bzw. Vermittler zu stellen. Sofern keine Einigung erzielt werden kann, geht das Begehren an den Einzelrichter oder an das Bezirksgericht, bzw. im Kt. AR an das Kantonsgericht.

<sup>2</sup> Vgl. Burckhardt, S. 548.

<sup>3</sup> Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 4. Auch hier wird die Meinung vertreten, dass die Ortskenntnis des Richters und die Möglichkeit direkter Beweiserhebung geeignet ist, den Prozessgang zu vereinfachen und zu beschleunigen. Allerdings wird die Möglichkeit einer Prorogation auf ein anderes örtliches Gericht nicht ausgeschlossen.

b) Einzelne Klagen, für welche der Gerichtsstand "rei sitae" in Frage kommt

---

In § 2 des ersten Teils dieser Arbeit haben wir Klagen aufgezählt und kurz behandelt, die aus Eigentum oder andern dinglichen Rechten an Grundstücken entstehen.<sup>1</sup> Wie wir gesehen haben, handelt es sich dabei vor allem um die Eigentumsklagen (Vindikation und Negatorienklage), um die Ansprüche im Zusammenhang mit beschränkten dinglichen Rechten, die Klagen aus Realobligation, um gemischte Klagen, um Klagen aus Besitz und um Feststellungsklagen.

Im folgenden werden diese aufgezählten dinglichen Klagen hinsichtlich ihres Gerichtsstandes untersucht.

aa) Klagen aus Eigentum

Zweifellos kommen als dingliche Klagen, mit denen dingliche Ansprüche im allgemeinen geltend gemacht werden, vor allem die Eigentumsklagen in Betracht. Die besonderen dinglichen Ansprüche sind meist Modifikationen davon.

Alle diese dinglichen Klagen, aus dem Eigentum wie aus den beschränkten dinglichen Rechten, sind deshalb grundsätzlich am Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache anhängig zu machen, da sie keine "persönlichen Ansprachen" sind und dadurch Art. 59 BV nicht verletzt wird.

---

<sup>1</sup> Vgl. oben, S. 9 ff.

# KLAGEN AUS DEM EIGENTUM

(Zusammenfassung der dem Beeinträchtigten zur Verfügung stehenden Abwehrmittel)

|                            |                                                                                                                            | Gestörter (aktivlegitimiert)                                                                                               |                                                                                                                 |
|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Störer (passivlegitimiert) | Grundeigentümer und dinglich Berechtigter                                                                                  | Grundeigentümer und dinglich Berechtigter<br>ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 641 Abs. 2<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff. | Persönlich Berechtigter<br>z.B. Mieter, Pächter, etc.<br>ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff. |
|                            | Grundeigentümer und dinglich Berechtigter<br>ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 641 Abs. 2<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff. | ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                                                     | ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                                          |
|                            | Persönlich Berechtigter (Mieter, Pächter)<br>ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 641 Abs. 2<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff. | ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                                                     | ZGB Art. 679/684<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                                          |
|                            | Dritter (Passant)<br>ZGB Art. 641 Abs. 2<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                             | ZGB Art. 641 Abs. 2<br>ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                                                  | ZGB Art. 926/928<br>OR Art. 41 ff.                                                                              |

Ansprüche des Beeinträchtigten aus den verschiedenen Artikeln:

- ZGB Art. 641 Abs. 2 : Die Abwehr jeder ungerechtfertigten Einwirkung auf das Eigentum
- ZGB Art. 679/684 : Die Beseitigung der Schädigung und den Schutz gegen drohenden Schaden für das Eigentum
- ZGB Art. 926 : Die Abwehr von Angriffen auf den Besitz
- ZGB Art. 928 Abs. 2 : Die Beseitigung der Störung und die Unterlassung fernerer Störungen des Besitzes
- OR Art. 41 : Schadenersatz aus ungerechtfertigter Handlung.

## bb) Klagen aus Realobligationen

Bei Realobligationen, welche die herrschende Lehre als subjektiv-dingliche Verknüpfung von Recht und Pflicht mit dem Eigentum an einer Sache behandelt, kann es sich nicht um persönliche Ansprachen im Sinne von Art. 59 BV handeln, da das dingliche Element zu stark hervortritt. Die Partei wird ja immer erst durch ihre Beziehung zu der fraglichen Sache bestimmt. Grundsätzlich kann deshalb die Regelung, welche den Gerichtsstand der gelegenen Sache für "actiones in rem scriptae" vorsieht, Art. 59 BV nicht im Wege stehen.<sup>1</sup> Dass die Zuständigkeit des Richters am Ort der gelegenen Sache Art. 59 BV nicht verletzt, ist in BGE 92 I 39 f. bestätigt.<sup>2</sup>

## cc) Gemischte Klagen

Das Bundesgericht hat in langer, allgemein anerkannter Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass pfandversicherte Forderungen vor den "judex rei sitae" gebracht werden können, wenn damit nicht nur eine

---

<sup>1</sup> Lehre und Praxis haben dies für einige, oben (S.22 f.) zu den Realobligationen gezählte Rechtsverhältnisse anerkannt. So wurde die Geltendmachung des Anspruches auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes am "forum rei sitae" zugelassen. (BGE 41 I 92; Leemann, Art.837 N 30, geht dabei von der Ansicht aus, dass der Anspruch dinglicher Natur sei; Burckhardt, S.553). Ebenso ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache örtlich zuständig für den Abgrenzungsanspruch nach Art.669 ZGB (Haab, Art.668/69 N 18; Leemann, Art.669 N 3; Meier-Hayoz, Art.669 N 8) sowie für die Grenzscheidungsklage nach Art.668 ZGB (Haab, Art.668/69 N 18; Leemann, Art.668 N 14 f.) Abgrenzungsanspruch und Grenzscheidungsklage werden als Klagen dinglichen Charakters bezeichnet). Das gleiche gilt auch für die Geltendmachung von Ansprüchen aus vorgemerkten persönlichen Rechten (BGE 44 I 47: Die Klage aufgrund eines im Grundbuch vorgemerkten Kaufrechtes nach Art.959 ZGB ist dinglich).

<sup>2</sup> Die neue Zürcher ZPO hat mit der Formulierung in den §§ 6/7 einen Wahlgerichtsstand geschaffen für persönliche Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen und ist damit einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht gefolgt (vgl. Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 14). Somit können im Kt. ZH am Gerichtsstand "rei sitae" auch Klagen auf Uebertragung von Grundeigentum, auf Einräumung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken und andere Klagen erhoben werden, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen. Die Bestimmung von § 6 Abs.1 u.2 ZPO ist also auch anwendbar auf obligatorische Rechtsverhältnisse (Kaufverträge über Grundstücke) soweit Art.59 BV nicht eingreift; vgl. oben, S.74 ff.

Umgehung der Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV bezweckt wird. Kantonale Regelungen, welche für Klagen um solche Forderungen das "forum rei sitae" ausschliesslich oder wahlweise vorsehen, verstossen deshalb nicht gegen die Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV.

In BGE 41 I 293 hat das Bundesgericht ausdrücklich erklärt, die Klage auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes sei keine persönliche Ansprache und könne deshalb am "forum rei sitae" erhoben werden. Burckhardt leitet von dieser Zuständigkeit auch die Kompetenz des Richters am Ort der gelegenen Sache ab, über die Forderung selber zu entscheiden.<sup>1</sup>

Beispiel: A. besitzt einen auf der Liegenschaft des B. haftenden Schuldbrief im Werte von Fr. 10'000.--. Für diese grundversicherte Forderung leitet er beim Betreibungsamt gegen B. die Betreibung auf Grundpfandverwertung ein. Dieser erhebt Rechtsvorschlag, sowohl gegen die Forderung, wie auch gegen das Pfandrecht. Nach erfolgloser Sühnverhandlung klagt A. gegen B. auf Zahlung der Fr. 10'000.-- "gemäss Schuldbrief" und Aufhebung des gegen die Grundpfandbetreibung gerichteten Rechtsvorschlages.

Da der Beklagte mit seinem Rechtsvorschlag sowohl die persönliche Forderung wie auch das Pfandrecht bestritten hat, geht analog auch die Klage nicht auf Anerkennung oder Zahlung der Forderung, sondern auf die Realisierung des mit der Forderung als Akzessorium verbundenen dinglichen Grundpfandrechtes. Die Klage ist somit eine gemischte, d.h. sie ist teils persönlicher, teils dinglicher Natur. Nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis bezieht sich aber die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes nicht auf Klagen, mit denen grundversicherte Forderungen verfolgt werden. Solche Klagen können, je nach der kantonalen Gesetzgebung, auch am Ort der gelegenen Sache angebracht werden.

---

<sup>1</sup> Burckhardt, S. 553 und dort zit. Entscheide: BGE 6 197, 371, 17 376, bestätigt in 41 I 293 (= Pr. 4 Nr. 195), 91 I 121 (= Pr. 54 Nr. 113), 95 II 31 (= Pr. 58 Nr. 81) und dort zit. Entscheide.

dd) Klagen aus dem Besitz

Die Besitzesschutzklagen sind keine persönlichen Ansprachen i.S. von Art.59 BV, da sie nicht der Geltendmachung eines Anspruches gegenüber einem bestimmten Verpflichteten dienen. Soweit es sich um den Besitz an Liegenschaften handelt, sehen denn die meisten Kantone auch den Gerichtsstand der gelegenen Sache vor.<sup>1</sup> Die Schadenersatzklage gemäss Art.928 Abs.2 ZGB stellt nach herrschender Lehre aber einen Anwendungsfall von Art.41 OR dar.<sup>2</sup>

ee) Feststellungsklagen<sup>3</sup>

Die positive Feststellungsklage ist grundsätzlich am gleichen Gerichtsstand anzuheben wie die entsprechende Leistungsklage. Bei negativen Feststellungsklagen gilt der besondere Gerichtsstand der entsprechenden positiven Leistungsklage, resp. der allgemeine Gerichtsstand.<sup>4</sup>

Bei dinglichen Rechten und Rechtsverhältnissen entspricht eine Feststellungsklage der dinglichen (Leistungs-) Klage oder einer "actio in rem scripta". Mit Bezug auf ihren Gerichtsstand kann deshalb gesagt werden, dass solche Feststellungsklagen, mit denen ein dingliches, beschränktes dingliches Recht oder eine Realobligation festgestellt wird, am Gerichtsstand der gelegenen Sache angebracht werden können.

---

<sup>1</sup> SG Art.88 ZP; vgl. Lutz, Art.88 N 4 ZP; V.d. Crone, S.53 u. 58 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Stark, Vorbem. Besitzesschutz, N 113; Homberger, Art.928 N 23 ZGB; Waldis, S.35/36.

<sup>3</sup> Vgl. oben, S.28 ff.

<sup>4</sup> Lutz, Art.171 N 5 ZP; Sträuli/Hauser, § 92 N 1 ZPO; Sträuli/Messmer, § 59 N 12.

## 2. De lege ferenda

### a) Vorbemerkung

Zur Durchsetzung von Privatrechten bedarf es eines Zusammenwirkens von Privatrecht und Zivilprozessrecht.<sup>1</sup> Um das einheitlich geregelte Privatrecht auch einheitlich durchsetzen zu können, dürfen Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht nicht verschiedene Wege gehen. Dem einheitlich geregelten Privatrecht ist die Tendenz immanent, auch seine Durchsetzung zu vereinheitlichen. Deshalb stellt sich m.E. unweigerlich die Frage nach der Vereinheitlichung der heute gültigen Zivilprozessordnungen der Kantone als Voraussetzung für die einheitliche Durchsetzung des Privatrechts.

So ist beispielsweise die Regelung des Gerichtsstandes in den kantonalen Zivilprozessordnungen in bezug auf die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehenden Klagen verschieden. Während die ausserrhodische und die st.gallische Gesetzesbestimmung nur ausdrücklich genannte Klagen an den Gerichtsstand der gelegenen Sache verweisen, stellt die zürcherische ZPO diesen Gerichtsstand immer dann zur Verfügung, wenn eine Klage mit einem Grundstück in Zusammenhang steht.<sup>2</sup> Solche unterschiedliche prozessuale Vorschriften machen die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts fraglich.

Nachdem eine Vereinheitlichung auf "freiwilliger Basis" durch die Angleichung neuer Prozessordnungen an bestehende, wie dies der Gesetzgeber bei

---

<sup>1</sup> Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 II, S.6.

<sup>2</sup> AR Art.33 ZPO, SG Art.88 ZP, ZH § 6 Abs.2 ZPO; vgl. Sträuli/Messmer, §§ 6/7 N 16: Der Gerichtsstand der gelegenen Sache gilt für persönliche Klagen, wenn sie mit dem Eigentum oder mit einem Benutzungsrecht an Immobilien zusammenhängen. Dadurch werden die Fälle erfasst, in denen ein Grundeigentümer belangt wird, sei es durch Unternehmer, welche Reparaturen am Grundstück ausgeführt haben, sei es durch einen in seinen Vertragsrechten beeinträchtigten Mieter, oder sei es durch andere Personen, die ohne Rechte an dem Grundstück geltend zu machen gegen dessen Eigentümer als solchen persönliche Rechte ansprechen. (Vgl. BGE 49 I 279, 455.) Mit der Einräumung eines Wahlgerichtsstandes am Ort der gelegenen Sache ist der Gesetzgeber einer in der Literatur verbreiteten Ansicht gefolgt.

der Schaffung des Bundeszivilprozessrechtes erhofft hatte, nicht verwirklicht werden konnte, wird deutlich, dass das Ziel nur durch eine bundesrechtliche Regelung erreicht werden kann.

#### b) Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes in der Schweiz

---

Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes in der Schweiz gehen auf Jahrzehnte zurück.<sup>1</sup> 1962 war das Problem Gegenstand eines Postulates (Grendelmeier) vor dem Nationalrat. Der Bundesrat sollte eingeladen werden, den eidgenössischen Räten über die Auswirkungen der Vielfalt der Prozessordnungen Bericht zu erstatten und die notwendigen Grundlagen für eine Vereinheitlichung des Prozessrechtes vorzubereiten.<sup>2</sup> Das Postulat wurde damals vom Nationalrat verworfen. Dagegen wurde am 3. Oktober 1968 das Postulat Werner Schmid angenommen. Darnach sollte der Bundesrat eingeladen werden, die Frage der Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechtes zu prüfen und dem Parlament Bericht zu erstatten über die zu treffenden Massnahmen.<sup>3</sup>

Auch der Schweizerische Juristenverein befasst sich seit Jahren mit diesem Problem.<sup>4</sup> Nach herrschender Meinung dürften aber einer Vereinheitlichung der kantonalen Zivilprozessrechte daraus Schwierigkeiten erwachsen, dass die Vereinheitlichung des Verfahrens Hand in Hand gehen müsste mit der Vereinheitlichung der kantonalen Gerichtsorganisationen. Dies wäre heute politisch kaum realisierbar.<sup>5</sup> Nach Schwartz<sup>6</sup> liesse sich eine Vereinheitlichung des eigentlichen Verfahrensrechts auch nicht mit deren einzig legitimen Zweck, die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts zu

---

<sup>1</sup> Vgl. Walder II, S.23.

<sup>2</sup> Uebersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung, Herbstsession 1962, Nr.68, 8334; ZSR 88 II S.298.

<sup>3</sup> Uebersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung, Herbstsession 1968, Nr.134; ZSR 88 II S.298.

<sup>4</sup> Vgl. ZSR 88 II S.9 ff.

<sup>5</sup> Vgl. F. Balmer, Erläuterungen zum Entwurf eines BG betr. die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren, ZSR 88 II S.298.

<sup>6</sup> P. Schwartz, zit. bei F. Balmer (zit. in Anm.5), S.299.

gewährleisten, rechtfertigen, weil es nach ihm dafür keines einheitlichen Verfahrensrechts bedarf. Es genüge die Vereinheitlichung solcher Materien, die in Wahrheit gar nicht dem Prozessrecht, sondern dem Zivilrecht zugehörten.

Die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Prozessrechtes bleibt grundsätzlich den Kantonen überlassen.<sup>1</sup> Wie weit der Bundesgesetzgeber in die Kompetenz der Kantone eingreifen darf, lässt sich keiner ausdrücklichen Norm entnehmen. Fest steht nach herrschender Lehre,<sup>2</sup> dass den Kantonen in der Bundesverfassung eine "Substanzgarantie" gegeben ist und die kantonale Zuständigkeit faktisch nicht ausgehöhlt werden darf.

In Ermangelung einer näheren Umschreibung in der Verfassung hat die Lehre die Kompetenz des Bundes folgenderweise definiert:

Der Bund ist berechtigt, in die kantonale Zivilgerichtsbarkeit einzugreifen, soweit dies für die Verwirklichung einheitlichen Bundesprivatrechts notwendig ist.<sup>3</sup>

Nach Walder darf der Bund nicht schon dann, wenn eine bestimmte prozessrechtliche Regelung zur Durchsetzung und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts besonders geeignet erscheint, die kantonale Gesetzeshoheit einschränken. Die angestrebte Regelung müsse vielmehr zur Durchsetzung bzw. einheitlichen Anwendung des Bundesrechts notwendig sein.

Aufgrund dieser m.E. zu Recht gemachten Einwände ist deshalb heute, gestützt auf die Bundesverfassung, eine schweizerische Zivilprozessordnung nicht zu verwirklichen.

---

<sup>1</sup> Art. 64 Abs. 3, 64bis Abs. 2 BV; vgl. oben, S. 72.

<sup>2</sup> Kurt Eichenberger, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 88 II S. 485; Walder II, S. 24/25.

<sup>3</sup> Eichenberger, (zit. Anm. 2) S. 490; Walder II, S. 25.

c) Die teilweise Vereinheitlichung aufgrund der Kompetenz zur  
Legiferierung im Zivilrecht

---

aa) Grundlagen

Nachdem die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts als ganzes über eine bundesrechtliche Zivilprozessordnung in absehbarer Zeit nicht durchführbar sein wird (wenigstens nicht bis zum Inkrafttreten einer neuen Bundesverfassung), ist zu prüfen, ob nicht eine teilweise Vereinheitlichung, etwa hinsichtlich des Gerichtsstandes der gelegenen Sache, gestützt auf die geltende Rechtsordnung, dadurch erreicht werden könnte, dass eine entsprechende Gerichtsstandsbestimmung in das ZGB aufgenommen würde. Eine solche Regelung, ähnlich wie sie z.B. in Art. 538 ZGB hinsichtlich erbrechtlicher Klagen getroffen wurde, könnte in verhältnismässig kurzer Zeit verwirklicht werden und dürfte auf weniger Widerstand stossen als eine umfassende Vereinheitlichung.

Im übrigen hat der Bund auch schon in andern Fällen in die Organisation der kantonalen Gerichte und in das kantonale Gerichtsverfahren eingegriffen.<sup>1</sup>

Soweit es sich zur Verwirklichung des materiellen Bundesrechts als notwendig erweist, kann der Bundeszivilgesetzgeber nach herrschender Lehre nicht umhin, Vorschriften über das Verfahren vor den kantonalen Gerichten aufzustellen.<sup>2</sup> Die Befugnis für ein solches Eingreifen in den Kompetenzbereich der Kantone lässt sich im übrigen sehr wohl ableiten aus den Bestimmungen von Art. 64 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung:

"Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen  
Gebieten des Zivilrechts befugt.

Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Ver-  
fahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis  
anhin, den Kantonen."

Die Formulierung "wie bis anhin" hat nach herrschender Lehre und Praxis

---

<sup>1</sup> Für Beispiele vgl. oben, S. 72 Anm. 3; Walder II, S. 100 ff.

<sup>2</sup> Guldener, (zit. S. 86 Anm. 1) S. 6.

den Sinn, der eidgenössischen Gesetzgebung die Möglichkeit zu geben, da, "wo sie notwendigerweise in die Gerichtsorganisation oder in das Verfahren eingreifen muss, dies zu tun".<sup>1</sup>

Solche bundesgesetzliche Eingriffe werden deshalb als verfassungsmässig betrachtet und verschiedene Bundesgesetze enthalten denn auch Vorschriften über die kantonale Rechtspflege, insbesondere über die Zuständigkeit und über gewisse zu beobachtende Verfahrensgrundsätze.

Sicher wäre es möglich, eine gewisse Rechtsvereinheitlichung durch die Rechtsprechung herbeizuführen. Dies allerdings nur soweit, als sich Verfahrensgrundsätze aus materiellen Normen des Bundesrechts herleiten lassen. Soweit indessen die Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 64 BV reicht, sollte sie m.E. - nach Massgabe der derzeitigen Bedürfnisse der Rechtspflege - ausgeübt werden, um dadurch, zusammen mit einer auf eine Rechtsvereinheitlichung tendierenden Rechtsprechung, schon heute eine möglichst grosse Rechtseinheit verwirklichen zu können.

Die Bestimmung des Gerichtsstandes ist, zumal im interkantonalen Verhältnis, Sache des materiellen, also des Bundesrechts. Der Gesetzgeber hat denn auch von der ihm zustehenden Befugnis bereits ausgiebig Gebrauch gemacht.<sup>2</sup>

M.E. liesse es sich rechtfertigen, gleich wie bei den bereits erfolgten Gerichtsstandsbestimmungen auf andern Gebieten des Zivilrechtes, im ZGB auch in bezug auf die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehenden Klagen einen einheitlichen Gerichtsstand vorzusehen. Ein solcher wäre zur einheitlichen Verwirklichung des Bundesprivatrechts nicht nur wünschenswert, sondern notwendig.

---

<sup>1</sup> Eichenberger, (zit. S. 88 Anm. 2) S. 482 Anm. 24.

<sup>2</sup> Beispiele aus dem ZGB sind u.a.: Art. 111, Einspruch gegen die Eheschliessung; Art. 136, Ungültigkeitserklärung einer Ehe; Art. 144, Scheidungsklage; Art. 538, erbrechtliche Klagen.

Beispiel: A. liess in Pfäffikon ZH ein Ferienhaus erstellen. Die Arbeiten wurden von verschiedenen Firmen ausgeführt. Die sanitären Installationen besorgte die Firma S. aus Horgen ZH, die Schreinerarbeiten die Firma K. aus Herisau AR. Bei der Bauabnahme stellte der Bauherr bei den von diesen beiden Firmen ausgeführten Arbeiten Mängel fest.

A. verlangte erfolglos von beiden Firmen die Behebung der Mängel. Schliesslich liess er die Arbeiten von Drittfirmen ausführen. Er will nun die renitenten Firmen auf Schadenersatz belangen. Gegen die Zürcher Firma S. kann A. sowohl am Ort der gelegenen Sache als auch am Sitz der Firma, in Horgen, vorgehen; die Klage gegen die in Herisau AR domizilierende Firma K. muss er dagegen vor dem Vermittler in Herisau anheben, da diese als Beklagte vor einem ausserkantonalen Gericht Art. 59 BV geltend machen könnte.

bb) Vorschlag einer Gerichtsstandsbestimmung im ZGB für Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen

Um unterschiedliche Urteile vermeiden zu können und um der von der herrschenden Lehre immer wieder geäusserten Forderung, für Klagen aus demselben Rechtsverhältnis denselben Gerichtsstand zur Verfügung zu stellen, nachzukommen, könnte folgende Bestimmung als Abs. 3 von Art. 655 in das Zivilgesetzbuch eingefügt werden:

"Klagen über Eigentum oder andere dingliche Rechte an Grundstücken und Klagen im Zusammenhang mit einem Grundstück sind dort anzuheben, wo das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre."

Zwar würde eine solche Gerichtsstandsbestimmung Abgrenzungsprobleme im Zusammenhang mit Klagen, die am Gerichtsstand der gelegenen Sache erhoben werden, nicht beseitigen. Die Abgrenzungsfragen würden sich aber leichter lösen lassen, weil die Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen und diejenigen, die keine Beziehung zu einem Grundstück haben, sich problemlos unterscheiden lassen. Nach der geltenden Regelung bedarf die Abgrenzung heute einer nicht immer einfachen Wertung der Intensität des Zusammenhanges zwischen Klageobjekt und Grundstück.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. oben, S. 77 ff.

d) Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes aufgrund des  
Verfassungsentwurfes für eine neue Bundesverfassung

---

Gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. c des Entwurfes der neuen Bundesverfassung<sup>1</sup> trägt der Bund die Hauptverantwortung für das Zivil- und Strafrecht sowie Schuldbetreibung und Konkurs. Nach Art. 40 des Entwurfes schaffen die Kantone "die Organe, die zur Verwirklichung des Bundesrechts notwendig sind. (...) In diesen Bereichen kann der Bund das Verfahrensrecht vereinheitlichen."

Für die Gesetzgebung im Zivilprozessrecht sind weder der Bund noch die Kantone hauptverantwortlich, so dass, sofern Bundesgesetze nicht etwas anderes bestimmen, die Kantone für das Verfahrensrecht verantwortlich sind.<sup>2</sup>

Sollte die neue Bundesverfassung mit dem zitierten Art. 40 Abs. 3 in Kraft treten, so würde sich die Diskussion, wie weit der Bund das Zivilprozessrecht vereinheitlichen dürfe, erübrigen, weil die Kompetenz zur Vereinheitlichung des Verfahrensrechts gemäss Art. 52 BV ausdrücklich dem Bund eingeräumt würde.

Dass auch die Expertenkommission der Ansicht ist, eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts lasse sich in nächster Zukunft politisch nicht realisieren, ist m.E. daraus ersichtlich, dass dem Bund lediglich die Möglichkeit gegeben wird, eine schweizerische Zivilprozessordnung zu schaffen.<sup>3</sup> Die oben, S. 91, vorgeschlagene Lösung im ZGB vorzusehen, wäre deshalb sinnvoll, weil dadurch wenigstens das Gerichtsstandsdurcheinander bezüglich Klagen, die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen, innert nützlicher Frist beseitigt werden könnte.

Da aber auch in der neuen Bundesverfassung die Gerichtsorganisation wie bis anhin den Kantonen verbleiben würde, stellt sich wieder die Frage

---

<sup>1</sup> Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 52 Abs. 1 des Entwurfes der neuen Bundesverfassung.

<sup>3</sup> Die Hauptverantwortung wird nicht etwa dem Bund übertragen, was so viel bedeutet hätte, dass er das Verfahren hätte regeln müssen.

wie weit das Verfahrensrecht ohne Eingriff in die Kompetenzsphäre der Kantone vereinheitlicht werden könnte.

Allerdings hat die Einführung des einheitlichen Verfahrens betr. die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gezeigt, dass sämtliche Kantone den Eingriff in ihren Kompetenzbereich ohne weiteres geduldet und entsprechende arbeitsrechtliche Verfahren geschaffen haben. Es darf deshalb angenommen werden, dass auch einer teilweisen Vereinheitlichung der Gerichtsorganisation keine allzu grosse Opposition erwachsen würde, wenn dies im Interesse eines einheitlichen Verfahrensrechtes notwendig werden sollte.

#### **B. Der Gerichtsstand des Betreibungs- bzw. des Konkurs- oder Arrestortes**

---

Das Bundesrecht sieht diesen Gerichtsstand u.a. vor für Widerspruchs- und Aussonderungsklagen.<sup>1</sup> Obwohl diese Klagen nach Art.107/109 SchKG keine eigentliche privatrechtliche Klagen sind, sondern die Beseitigung der Pfändung bezwecken, müssen sie doch in diesem Zusammenhang erwähnt werden.<sup>2</sup> Dem Eigentümer einer Sache steht mit der Widerspruchsklage ein spezifisch vollstreckungsrechtliches Mittel zur Verfügung, um die Verwertung seiner in eine fremde Pfändung einbezogene Sache zu verhindern. Neben dem Eigentümer steht dieses auch gewissen Berechtigten aus beschränktem dinglichem Recht offen.<sup>3</sup> Es geht in dieser Klage darum, ob der betreibende Gläubiger berechtigt ist, ein bestimmtes Vermögensobjekt zur Befriedigung für seine in Betreuung gesetzte Forderung zu verwenden oder nicht. Der Entscheid darüber hängt von der Beantwortung der zivilrechtlichen Vorfrage nach dem Bestand des Eigentums oder Pfandrechtes des Dritten an der

---

<sup>1</sup> Art.107, 109, 242 SchKG; vgl. Wagner W., Fragen aus dem Gebiet der Widerspruchsklage, Diss. ZH 1942, S.13 ff.; Huber, Der Gerichtsstand der Widerspruchsklage, ZBJV 44, S.649; AR Art.34 Ziff.5 ZPO; SG Art.89 Ziff.5 ZP; ZH § 9 ZPO. Vgl. Sträuli/Messmer, § 9 N 1 ff.

<sup>2</sup> Guldener I, S.61 Anm.24/25. Der Gerichtsstand dieser Klagen ist im SchKG nur teilweise festgelegt.

<sup>3</sup> Jaeger, Art.106 N 5.

gepfändeten Sache oder Forderung ab.<sup>1</sup>

Die Natur der beiden Klagen ist streitig. Die Widerspruchsklage weist ausser betreibungsrechtlichen auch dingliche bzw. obligatorische Elemente auf.<sup>2</sup> Daran dürfte es zweifellos liegen, dass der Gerichtsstand der Widerspruchsklagen weder im SchKG noch in der Praxis des Bundesgerichtes einheitlich geregelt worden ist.<sup>3</sup>

Die Kantone sind frei, für den Streit nach Art.107 und 109 SchKG entweder den Richter am Ort der gelegenen Sache oder den Richter am Betreuungsort als zuständig zu erklären. Solche kantonale Bestimmungen sind interkantonal nicht anfechtbar.<sup>4</sup> Bildet eine Forderung Gegenstand der Ansprache, so ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezüglich Art.59 BV zwischen Klagen nach Art.107 und solchen nach Art.109 SchKG zu unterscheiden. Für erstere, bei denen der Drittansprecher als Kläger auftritt, findet Art.59 BV keine Anwendung, für letztere ist Art.59 BV zu beachten.<sup>5</sup>

Widerspruchsklagen um Sachen gelten nicht als persönliche Ansprachen. Darum kommt Art.59 BV in diesen Fällen nicht zur Anwendung.<sup>6</sup> Die zürcherische ZPO bestimmt entsprechend in § 9 Abs.1 Satz 2: "Widerspruchsklagen, die sich gegen den Inhaber des Gewahrsams an der gepfändeten Sache richten, sind am Ort der gelegenen Sache zu erheben, wenn der Betreuungsort in einem andern Kanton liegt."

Nach Art.89 Ziff.5 des st.gallischen ZP sind Widerspruchsklagen nach Art. 107, 109, 155 und 275 unter Vorbehalt von Art. 88 ZP am Betreuungsort

---

<sup>1</sup> Dem Widerspruchsverfahren in der Pfändungsbetreibung gemäss Art.106 ff. SchKG entspricht im Konkurs das Aussonderungsverfahren (Art. 242 SchKG). Mit der Aussonderungsklage erstrebt der Kläger gegen die Konkursverwaltung Ausscheidung seiner eigenen Sache aus der Konkursmasse.

<sup>2</sup> BGE 86 III 138, 84 III 159, 59 I 261; ZR 48 Nr.204; Sträuli/Messmer, § 9 N 9.

<sup>3</sup> BGE 86 III 137, 81 III 9, 58 I 197; Fritzsche, I 236.

<sup>4</sup> Lutz Art.89 N 4.

<sup>5</sup> BGE 86 III 138; solche Klagen sind deshalb am Wohnsitzgerichtsstand des Dritten anzubringen.

<sup>6</sup> BGE 81 III 9.

anzuheben. Daraus ist zu schliessen, dass diese Gerichtsstandsbestimmung für Ansprachen Gültigkeit hat, die eine Forderung zum Gegenstand haben. Widerspruchsklagen, die Grundeigentum, Besitz und Rechte an Grundstücken etc. zum Gegenstand haben, sind aber dort anzubringen, wo sich das Grundstück oder sein grösserer Teil befindet.

Für Appenzell Ausser rhoden gilt dasselbe wie für St. Gallen, stimmen doch die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften fast wörtlich überein.<sup>1</sup>

### C. Der Gerichtsstand des Vermögens<sup>2</sup>

Dieser Gerichtsstand ist nicht in allen Kantonen vorgesehen.<sup>3</sup> Er kommt nur dann in Frage, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, wohl aber Vermögen im Kanton besitzt. Solche Personen können also für Verbindlichkeiten am Ort belangt werden, wo sie Vermögen besitzen.

### D. Der Gerichtsstand der Vereinbarung und der Einlassung<sup>4</sup>

Dieser Gerichtsstand kann unter Umständen in bestimmten Rechtsstreitigkeiten durch einen schriftlichen Vertrag der Parteien oder durch die Satzung einer juristischen Person begründet werden. Dadurch können Streitigkeiten vor ein örtlich nicht zuständiges Gericht gebracht werden. Dieser schriftliche "Prorogationsvertrag" ist einer der wichtigsten prozessualen Verträge.

Gerichtsstandsklauseln sind allerdings nicht unbegrenzt zulässig, bzw. das angerufene Gericht ist nicht unter allen Umständen verpflichtet, eine Gerichtsstandsvereinbarung zu beachten.<sup>5</sup> Einmal kann nur die örtliche, nicht die sachliche Zuständigkeit prorogiert werden, dann bedarf es einer

---

<sup>1</sup> AR Art. 34 Ziff. 5 ZPO.

<sup>2</sup> SG Art. 84 ZP.

<sup>3</sup> Insbesondere nicht in den Kantonen AR u. ZH.

<sup>4</sup> AR Art. 36 ZPO, SG Art. 91 ZP, ZH § 11 ZPO.

<sup>5</sup> Walder II, S. 106 ff.

gewissen Beziehung der Parteien zum vereinbarten örtlichen Gerichtsstand und zum dritten ist eine Prorogation nicht möglich, wenn ein zwingender Gerichtsstand vorgeschrieben ist.<sup>1</sup>

Trotz der Gültigkeit und prozessrechtlichen Zulässigkeit eines Gerichtsstandsvertrages kann sich das angerufene Gericht weigern, die Klage anhandzunehmen.

Gemäss Art.91 Abs.4 ZP können im Kanton St.Gallen die Gerichte die Beurteilung ablehnen, wenn keine der Parteien im Gerichtskreis Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Kantonsgerichtes St.Gallen genügt dieses eine Kriterium, wichtige Gründe sind darüber hinaus nicht nötig.<sup>2</sup> Die Entscheidung über die Ablehnung ist somit, sofern die einzige gesetzliche Voraussetzung erfüllt ist, allein in das Ermessen des angerufenen Gerichtes gestellt.

Diese Praxis gilt auch für den Kanton Zürich.<sup>3</sup> Walder vertritt entgegen der Meinung von Sträuli/Hauser<sup>4</sup> die Ansicht, dass es nicht angängig sei, für die Ablehnung triftige Gründe zu verlangen,<sup>5</sup> vielmehr müsse das Gericht in der Entscheidung über Anhandnahme oder Ablehnung des Prozesses völlig frei sein.

Im interkantonalen Verhältnis garantiert Art.59 BV den Wohnsitzrichter für den aufrechtstehenden Schuldner.<sup>6</sup> Durch eine Gerichtsstandsvereinbarung kann aber auf diese Garantie verzichtet werden, sofern der Verzicht die

---

<sup>1</sup> AR Art.36 Abs.2 ZPO, SG Art.91 Abs.2 ZP. Ein Gerichtsstand ist zwingend, wenn er im öffentlichen Interesse gefordert werden muss. Dies ist dann der Fall, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, worüber die Parteien nicht frei verfügen können; vgl. Sträuli/Messmer, § 11 N 4 ff.

<sup>2</sup> Lutz, Art.91 N 5 ZP.

<sup>3</sup> Vgl. Walder, S.33 f.

<sup>4</sup> ZH § 16 N 4 aZPO.

<sup>5</sup> In ZR 54 Nr.107 wurde grosse Geschäftslast als triftiger Ablehnungsgrund anerkannt.

<sup>6</sup> Vgl. oben, S.74 f.

von der bundesgerichtlichen Praxis verlangten "erhöhten Anforderungen" erfüllt,<sup>1</sup> oder wenn nicht ein absolutes Verbot die Vereinbarung von Gerichtsstandsklauseln hindert.<sup>2</sup> Schliesslich kann auch durch vorbehaltlose Einlassung vor einem örtlich unzuständigen Gericht auf die Gerichtsstandsgarantie verzichtet werden.

Gerichtsstandsklauseln können wie zivilrechtliche Verträge nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts angefochten werden. Die Anfechtung einer Gerichtsstandsvereinbarung wegen Irrtum ist m.E. einzuschränken. Insbesondere ist eine Anfechtung wegen Irrtum dann nicht mehr zuzulassen, wenn der Prozess fortgeschritten ist und die Zuständigkeit durch das Gericht geprüft wurde. Demgegenüber sind die Einreden gegen eine Gerichtsstandsklausel wegen Täuschung oder Drohung unbeschränkt zu hören.

#### E. Der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges

Wenn zwischen mehreren Klagen ein Sachzusammenhang besteht, so kann die Zuständigkeit ein und desselben Gerichtes gegeben sein.<sup>3</sup> Dies gilt auch, wenn verschiedenartige Ansprüche (obligatorische, dingliche oder

---

<sup>1</sup> BGE 91 I 11: "Der Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV darf nicht leicht angenommen werden; es bedarf dazu einer ausdrücklichen, von andern Vertragsbestimmungen abgehobenen Erklärung, deren Inhalt unmissverständlich ist und den Willen, einen andern Gerichtsstand zu begründen, klar und deutlich zum Ausdruck bringt."

<sup>2</sup> Wie z.B. Art. 226 I OR oder Art. 11 des BG über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930, SR 943.1. Diese Vorschriften stehen der Einlassung vor dem ungültig vereinbarten Richter nicht entgegen; BGE 87 I 132 zur ersten Bestimmung; Art. 226 I OR verpönt ausdrücklich nur den zum voraus erklärten Verzicht auf den allgemeinen Gerichtsstand.

<sup>3</sup> SG Art. 90 ZP, ZH §§ 13, 25 ZPO. Stehen mehrere Klagen untereinander in sachlichem Zusammenhang, so können sie durch das Gericht zu einem Verfahren vereinigt werden. Man spricht dann von einer Klagenhäufung. In Sträuli/Messmer (§ 13 N 1 ff.) heisst es dazu: Voraussetzung einer Klagenhäufung sei die Zuständigkeit des gleichen Gerichtes für die mehreren gegen den gleichen Beklagten erhobenen Ansprüche. Mit dieser gemeinsamen öffentlichen Zuständigkeit sollen zusätzliche Prozesse an einem andern Gerichtsstand und sachlich unvereinbare Urteile vermieden werden. (Vgl. unten, S. 129).

erbrechtliche) miteinander geltend gemacht werden. Voraussetzung ist einzig, dass sie in einem engen Zusammenhang stehen. Ein solcher ist gegeben, wenn verschiedene Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis oder wegen des gleichen Gegenstandes erhoben werden.<sup>1</sup>

Das Bundesgericht hat bisher den Gerichtsstand des Sachzusammenhanges in interkantonalen Rechtsfällen für konnexe Ansprüche - anders als bei der Widerklage - abgelehnt. Die Konnexität mehrerer Ansprüche rechtfertigt eine Ausnahme von Art. 59 BV nur, wenn diese im Verhältnis von Haupt- und Nebensache stehen.<sup>2</sup> Nur in diesem beschränkten Umfang ist deshalb der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges als Ausnahme von Art. 59 BV anerkannt.<sup>3</sup>

### 1. Die Beurteilung von Haupt- und Nebensache

Die Gesetze pflegen ausdrücklich hervorzuheben, dass das in der Hauptsache zuständige Gericht auch über eine Nebensache zu entscheiden<sup>4</sup> und das für die Hauptklage zuständige Gericht auch allfällige Widerklagen zu beurteilen habe.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> ZR 72 Nr. 60 E. 2.

<sup>2</sup> BGE 58 I 170 E. 4.

<sup>3</sup> ZR 54 Nr. 176, S. 356 E. 5.

<sup>4</sup> So z.B. SG Art. 90 ZP und ZH § 13 Abs. 2 ZPO. Vgl. Sträuli/Messmer, § 13 N 7: Für Nebenbegehren gilt ausschliesslich der Gerichtsstand des Hauptbegehrens. Im Verhältnis von Haupt- und Nebensache stehen etwa: Forderung und Pfandrecht, das Begehren auf Löschung eines Grundpfandrechtes und auf Zustellung des betreffenden Schuldbriefes an das Grundbuchamt, Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 938 bis 940 ZGB, welche akzessorisch in Verbindung mit einer Besitzesrechtsklage oder einer Eigentumsklage erhoben werden. Aber: Persönliche Ansprüche können mit dinglichen oder possessorischen nur am gleichen Gerichtsstand der gelegenen Sache angebracht werden, wenn sie sich aus den letzteren ergeben und von nebensächlicher Bedeutung sind. (BGE 66 I 237/38; Meier-Hayoz, Art. 679 N 140; Stark, Vorbem. Art. 926 N 113 ZGB).

<sup>5</sup> AR Art. 38 ZPO, SG Art. 96 ZP, ZH § 15 ZPO; nach der zürcherischen ZPO jedoch nur, wenn die Ansprüche in engem Zusammenhang stehen, konnex oder verrechenbar sind. Der Grund für diese Ausnahme zu Art. 59 BV liegt darin, dass die Beurteilung einer mit der Hauptklage im Zusammenhang stehenden Widerklage gefördert wird, wenn beide Klagen vom gleichen

## 2. Mehrere Klagen bei Identität des Klägers und des Beklagten

---

Nach Ansicht Guldener's wird richtigerweise "ein und derselbe Gerichtsstand zur Verfügung gestellt, wenn der gleiche Kläger gegen den gleichen Beklagten verschiedene Klagen aus demselben Rechtsverhältnis erhebt, mag auch die eine Klage dinglicher, die andere schuldrechtlicher Natur sein."<sup>1</sup>

Eine persönliche Klage kann aber nach Bundesgericht nur dann mit einer dinglichen Klage am Ort der gelegenen Sache erhoben werden, wenn die persönliche Klage als Nebensache der dinglichen Klage erscheint.<sup>2</sup> Ein Kläger kann also nicht Unterlassung von Immissionen in sein Grundstück (Art. 641, 684 ZGB) verlangen, und die Klage auf Schadenersatz wegen bereits erfolgter Eigentumsstörung beim gleichen Gericht erheben. Eine diesbezügliche Aenderung in der Praxis wäre im Sinne der Prozessökonomie zu begrüßen. Guldener fordert weiter, dass ein und derselbe Gerichtsstand zuständig erklärt werde, wenn verschiedene Ansprüche eingeklagt werden, die dasselbe Objekt betreffen; so wenn z.B. ein Miteigentümer mit anderen einen Miteigentumsanteil geerbt hat und sowohl Teilung des Nachlasses als auch Teilung des Miteigentums erwirken möchte.

Beispiel: A., der nachweislich durch die übermässigen Immissionen aus dem Tierpark des B. eine Einkommenseinbusse erlitten hat, weil Feriengäste früher als geplant wieder abreisten, macht gegenüber seinem Nachbarn neben der Unterlassungsklage einen Schadenersatzanspruch geltend.

---

Gericht beurteilt werden können; dies deshalb, weil die Richter den Sachverhalt ja bereits kennen. Im interkantonalen Verhältnis dagegen steht Art. 59 BV der Beurteilung von Widerklagen durch das mit der Hauptklage sich befassende Gericht nur dann nicht entgegen, wenn die Widerklage mit der Hauptklage konnex ist (Guldener I, S. 92, BGE 71 I 346).

<sup>1</sup> Das Bg hat es denn auch als zulässig erkannt, die Klage auf Feststellung des Pfandrechts und die Klage auf Erfüllung der pfandgesicherten Forderung beim gleichen Gericht zu erheben. (BGE 41 I 297, 49 I 456; vgl. hierzu Guldener I, S. 92 u. 261.)

<sup>2</sup> BGE 41 I 294 f., 66 I 238, 81 I 221.

Nach Praxis des Bundesgerichtes können diese beiden Klagen nicht beide am Ort der gelegenen Sache geltend gemacht werden.<sup>1</sup> Ich gehe mit der herrschenden Lehre einig und glaube, dass es sich in einem Fall, in welchem die Entschädigungsklage mit der Immissionsklage eng zusammenhängt, rechtfertigen würde, für die persönliche Ansprache ebenfalls den Richter am Ort der gelegenen Sache als zuständig zu erklären.<sup>2</sup>

3. Zeitlich verschiedene Klagen, die das gleiche Rechtsverhältnis betreffen

---

Werden zwischen denselben Parteien Klagen in getrennten Prozessen erhoben, die das gleiche Rechtsverhältnis betreffen, besteht die Gefahr, dass widersprechende Urteile ergehen. Um dies zu vermeiden, ist anzunehmen, dass dasselbe Gericht über sämtliche Klagen zu entscheiden hat bzw. für die spätere Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand des Sachzusammenhangs am Ort der Vorklage besteht.<sup>3</sup> Bei identischen Klagen besteht dafür allerdings keine Notwendigkeit, weil die Einrede der beurteilten Sache Platz greifen würde. Wo dies aber nicht der Fall ist, wie beispielsweise bei wechselseitigen Feststellungsklagen, muss der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs angenommen werden.

Beispiel: A. und B. klagen in verschiedenen Prozessen wechselseitig auf Feststellung, dass jeder von ihnen Eigentümer derselben Sache sei.

In solchen Fällen greift die Einrede der Rechtshängigkeit nicht durch, weil die Klagen nicht identisch sind. Wird über die Klagen gleichzeitig entschieden, so ist es auch nicht möglich, sich im einen Prozess auf ein im andern Prozess ergangenes rechtskräftiges Urteil zu berufen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BGE 92 I 201 f.

<sup>2</sup> Burckhardt, S. 548 u. 553/54; Guhl, MBVR 25, S. 54; Haab, Art. 656 N 30; Homberger, Art. 959 N 25, Art. 960 N 27; Kummer, ZSR 1954 S. 185 Anm. 51; Meier-Hayoz, Art. 655 N 15 a.E.

<sup>3</sup> AR Art. 37 ZPO, SG Art. 94 u. 95 ZP; Guldener I, S. 93.

<sup>4</sup> Guldener I, S. 93 Anm. 81.

#### 4. Die örtliche Zuständigkeit bei der Hauptintervention

Wenn ein Dritter den Streitgegenstand in einem zwischen zwei andern Parteien hängigen Verfahren für sich beansprucht, so stellt sich die Frage, bei welchem Gericht diese Klage anzuheben ist.<sup>1</sup> Das Obergericht des Kantons Zürich hat in seinem Entscheid vom 10. März 1956<sup>2</sup> die Ansicht vertreten, das Gericht des Erstprozesses sei sachlich und örtlich auch für den Interventionsprozess zuständig. Dies rechtfertigt sich auch aus dem Zweckgedanken der Hauptintervention, nämlich der Prozessökonomie. So ist es möglich, in einem Verfahren und vor einem einzigen Gericht gegen beide Parteien des Hauptprozesses vorzugehen.

---

<sup>1</sup> Vgl. unten, S. 135.

<sup>2</sup> ZR 56 Nr. 105.

## § 4 DIE SACHLICHE ZUSTAENDIGKEIT<sup>1</sup>

=====

### I. VORBEMERKUNG

Die Ordnung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte ist Sache der kantonalen Prozessgesetze. Die Antwort auf die Frage, welches Gericht einen Prozess in erster Instanz zu beurteilen hat, ergibt sich in erster Linie aus der Natur des mit der Klage geltend gemachten Anspruches. Der Kläger setzt das Verfahren in Gang, und sein Wille ist für das Verfahren weitgehend wegleitend. Dies aufgrund der Dispositionsmaxime. Die klägerische Partei formuliert das Rechtsbegehren, das die sachliche Zuständigkeit bestimmt, sie bezeichnet auch den Beklagten, d.h. die Person, gegen die sich das Rechtsbegehren richtet und legt damit weitgehend die örtliche Zuständigkeit fest.

Auch in diesem Paragraphen konzentrieren wir uns auf die Probleme des Grundeigentümers. Klagen im Zusammenhang mit dem Grundeigentum sind vermögensrechtlicher Natur. Sie werden, je nach Streitwert, unter die verschiedenen ordentlichen Gerichte verteilt, soweit nicht die Zuständigkeit eines Sondergerichtes gegeben ist. Das Gericht hat seine sachliche Zuständigkeit im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit von Amtes wegen zu prüfen.<sup>2</sup>

### II. DIE BERECHNUNG DES STREITWERTES<sup>3</sup>

Für die Berechnung des Streitwertes ist nach Lehre und Rechtsprechung vom objektiven Wert der Leistung, welche der Kläger fordert, vom Betrag der eingeklagten Geldsumme, vom Wert der beanspruchten Sache bzw. vom Wert des beanspruchten beschränkten dinglichen Rechtes

---

<sup>1</sup> Guldener I, S.96 ff.; Sträuli/Messmer, S.42 ff.; Walder II, S.112 ff.

<sup>2</sup> Vgl. oben, S.72.

<sup>3</sup> Guldener I, S.99 ff.

auszugehen;<sup>1</sup> bei einer Feststellungsklage vom Wert des Rechtes oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestand oder Nichtbestand durch das Urteil festgestellt werden soll.<sup>2</sup>

Grundsätzlich richtet sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit. Dies ist in der neuen Zürcher ZPO ausdrücklich bestimmt.<sup>3</sup> Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die auf Geldzahlung gehen, ist direkt auf das Rechtsbegehren abzustellen.<sup>4</sup> Wird in der Klage keine Geldforderung verlangt, so ist für die Streitwertberechnung auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien abzustellen oder auf den vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Streitwert.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Bei Streitigkeiten über Besitz und Eigentum an Liegenschaften selbst ist in der Regel auf die Steuerschätzung abzustellen, die dem durchschnittlichen Verkehrswert entspricht, nicht aber bei Besitzes- und Eigentumsstörungensklagen, wo der verursachte oder drohende Schaden abzuschätzen ist.

<sup>2</sup> Hat die Klage ein Pfandrecht zum Gegenstand, so ist der Betrag der sicherzustellenden Forderung massgebend und, sofern das Pfandobjekt einen geringeren Wert hat, der letztere (SG Art. 74 Abs. 3 ZP, ZH § 23 ZPO; BGE 55 II 41); beim Streit um Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken ist der Wert massgebend, den diese für den Berechtigten oder das herrschende Grundstück haben bzw. der Minderwert, der für das dienende Grundstück aus der Dienstbarkeit resultiert, wenn dieser grösser ist (SG Art. 74 ZP, ZH § 24 ZPO). Anwendungsfälle: über den Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechtes (BGE 80 II 314, 84 II 617, 92 II 65 E 3 u. 4, ZR 56 Nr. 92); bezüglich des Bestandes und des Umfangs einer Dienstbarkeit (BGE 82 II 123, ZR 18 Nr. 1); betr. Immissionsstreitigkeiten (BGE 45 II 405); Dreht sich der Streit um den vorübergehenden Besitz einer Sache, so ist der Wert des Besitzes massgebend, bei einer Klage auf Ueberlassung des Mietobjektes der Betrag des Mietzinses während der in Frage kommenden Vertragsdauer. Entsprechendes gilt für die Klage auf Rückgabe des Mietobjektes, dessen Streitwert sich nach dem Mietzins während der streitigen Vertragsdauer berechnet (BGE 33 II 706).

<sup>3</sup> § 18 Abs. 1 ZPO.

<sup>4</sup> SG Art. 73 ZP: Es gilt derjenige Betrag als streitig, den der Kläger fordert unter Abzug eines vom Beklagten allenfalls vor der Klageeinreichung anerkannten Betrages.

<sup>5</sup> SG Art. 79 ZP, ZH § 22 ZPO; gehen die Parteierklärungen über den Streitwert so auseinander, dass die sachliche Zuständigkeit in Frage gestellt ist, so wird der Streitwert im Kt. SG, sofern ein Sühnverfahren stattfindet, vom Vermittler festgesetzt. Gegen die Streitwertfestsetzung haben die

Während nach dem zürcherischen Verfahrensrecht<sup>1</sup> der Streitwert der Widerklage mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet wird, - soweit sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen - ist gemäss der ausserrhodischen Zivilprozessordnung und dem st.gallischen Zivilrechtspflegegesetz zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit der Wert einer Widerklage nicht mit dem Wert der Hauptklage zusammenzurechnen. Der Wert der Widerklage ist aber als Streitwert massgebend, wenn er den Wert der Hauptklage übersteigt.<sup>2</sup> Hingegen werden in allen drei behandelten Prozessordnungen bei einer Streitgenossenschaft und bei einer objektiven Klagenhäufung die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.<sup>3</sup>

### III. DIE SACHLICHE ZUSTAENDIGKEIT IN DEN KANTONEN APPENZEL AUSSERRHODEN, ST.GALLEN UND ZUERICH

---

#### A. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden

---

In Ausserrhoden stellt die Frage der sachlichen Zuständigkeit für die Parteien insofern keine Probleme, als lediglich zwei Möglichkeiten bestehen, nämlich die Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten (bis zu einem Streitwert von Fr.1'000.--) oder des Kantonsgerichtes.<sup>4</sup> Ist sich eine

---

Parteien eine Rekursmöglichkeit an den Bezirksgerichtspräsidenten (SG Art.80 ZP). Im Kt. ZH bestimmt das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen, nach einem objektiven Massstab. Ergibt sich im Laufe des Hauptverfahrens die Unzuständigkeit des Gerichtes, so ist der Prozess dem zuständigen Gericht zu überweisen (§ 112 ZPO). Ebenso wenn ein zu hoher Streitwert angenommen wurde (§ 22 Abs.3 ZPO).

<sup>1</sup> § 19 ZPO.

<sup>2</sup> AR Art.110 Abs.2 ZPO, SG Art.77 ZP; vgl. unten, S.133.

<sup>3</sup> Keine Zusammenrechnung darf aber erfolgen, wenn das Gericht mehrere Klagen zu gleichzeitiger Behandlung verbindet, ebenso wenig wenn die Ansprüche nur alternativ oder als Haupt- und Eventualbegehren eingeklagt werden (BGE 50 II 65, 57 II 117; Lutz, Art.76 N 2).

<sup>4</sup> Beide Gerichtsinstanzen entscheiden in keinem Fall abschliessend. Gegen Entscheide des Kantonsgerichtspräsidenten ist die Appellation an den Obergerichtspräsidenten zulässig; gegen Entscheide des Kantonsgerichtes kann an das Obergericht appelliert werden.

klägerische Partei über die Zuständigkeit nicht im klaren, so kann sie ihr Begehren an die Kantonsgerichtskanzlei in Trogen richten, wo die Frage der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit geklärt und die Klage an den zuständigen Richter gewiesen wird.

## B. Im Kanton St. Gallen

Ist die örtliche Zuständigkeit geklärt, so können für die Beurteilung der Klage je nach Streitwert drei verschiedene Behörden sachlich zuständig sein, nämlich der Bezirksgerichtspräsident als Einzelrichter bis Fr. 1'000.--, die Gerichtskommission bis Fr. 5'000.-- oder das Bezirksgericht bei einem Fr. 5'000.-- übersteigenden Streitwert. Da "in praxi" in allen drei Gremien der Gerichtspräsident mitbeteiligt ist, bereitet auch hier die Frage der sachlichen Zuständigkeit, d.h. an welche Instanz eine Klage zu leiten ist, keine Schwierigkeiten. Im übrigen hat ein allenfalls unzuständiges Gericht, wenn die Zuständigkeit klar ist, die Klage von Amtes wegen an das zuständige Gericht weiterzuleiten.<sup>1</sup>

## C. Im Kanton Zürich

Im Kanton Zürich kommen, wie in Appenzell Ausserrhoden, bei der sachlichen Zuständigkeit für ordentliche vermögensrechtliche Klagen lediglich zwei Instanzen in Frage, nämlich der Einzelrichter oder das Bezirksgericht. In Appenzell Ausserrhoden urteilen beide bei jedem beliebigen Streitwert innerhalb ihrer Zuständigkeit nur erstinstanzlich, im Kanton Zürich dagegen entscheidet der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren bis Fr. 3'000.--, das Bezirksgericht bis Fr. 5'000.-- endgültig. Wurde ein zu hoher Streitwert angenommen und ergibt sich deswegen die Unzuständigkeit des Gerichts noch vor Abschluss des Hauptverfahrens, so wird der Prozess nach der neuen ZPO von Amtes wegen dem zuständigen Gericht zur Weiterführung überwiesen. Die Rechts-

---

<sup>1</sup> Art. 182 ZP: Die zuständige Behörde hat zu prüfen, ob das Gesuch aus entschuldbaren Gründen falsch eingeleitet wurde. Ist die Einreichung beim unzuständigen Richter unentschuldigbar, treffen den Gesuchsteller die Folgen des verspäteten Einganges beim zuständigen Richter (GVP 1951 Nr. 24). In der Frage der Entschuldbarkeit wird bei Rechtsanwälten ein strengerer Massstab angelegt.

hängigkeit bleibt gewahrt, und das Hauptverfahren ist nicht von Anfang an zu wiederholen. Tritt erst im Beweisverfahren zutage, dass der Streitwert zu hoch geschätzt wurde, bleibt die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gewahrt; ebenso wenn sich im Laufe des Verfahrens zeigt, dass der Streitwert zu niedrig beziffert wurde.

| UEBERSICHT<br>über die sachliche Zuständigkeit bei Zivilstreitigkeiten<br>in den drei Kantonen                                                                                                       |                   |                    |                             |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|--------------------|-----------------------------|
| Für Klagen mit einem Streitwert<br>von:                                                                                                                                                              | AR                | SG                 | ZH                          |
| bis Fr. 100.--<br>(ZH bis Fr. 200.--)                                                                                                                                                                | Vermittler<br>(a) | Vermittler<br>(a)  | Vermittler<br>(a)           |
| Fr. 100.-- bis Fr. 500.--<br>(ab 200.-- ZH)                                                                                                                                                          | KG-Präs.<br>(e)   | Bez.G-Präs.<br>(a) | Einzelrichter<br>i.o.V. (a) |
| Fr. 500.-- bis Fr.1'000.--                                                                                                                                                                           | KG-Präs.<br>(e)   | Bez.G-Präs.<br>(e) | Einzelrichter<br>i.o.V. (a) |
| Fr.1'000.-- bis Fr.3'000.--                                                                                                                                                                          | KG<br>(e)         | G-Komm.<br>(e)     | Einzelrichter<br>i.o.V. (a) |
| Fr.3'000.-- bis Fr.5'000.--                                                                                                                                                                          | KG<br>(e)         | G-Komm.<br>(e)     | Bez.G<br>(a)                |
| über Fr.5'000.--                                                                                                                                                                                     | KG<br>(e)         | Bez.G<br>(e)       | Bez.G<br>(e)                |
| KG-Präs. = Kantonsgerichtspräsident<br>KG = Kantonsgericht<br>Bez.G-Präs. = Bezirksgerichtspräsident<br>G-Komm. = Gerichtskommission<br>Bez.G = Bezirksgericht<br>i.o.V. = im ordentlichen Verfahren |                   |                    |                             |

Seine sachliche Zuständigkeit hat jedes Gericht von Amtes wegen zu prüfen, insbesondere - soweit das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht - ob es, obwohl sachlich unzuständig, eventuell durch einen Prorogationsvertrag der Parteien doch sachlich zuständig geworden ist.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Walder II, S.115; a.M. Lutz, Art.281 N 2 Ziff.1: Die sachliche Unzuständigkeit ist ein unheilbarer Mangel. Ein sachlich unzuständiges Gericht wird auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Parteien nicht zuständig.

## § 5 DIE FUNKTIONELLE ZUSTAENDIGKEIT

=====

Die funktionelle Zuständigkeit bestimmt sich nach der Art der im einzelnen Prozess zu entfaltenden Tätigkeit. Sie umschreibt die Tätigkeit, welche die Gerichte der verschiedenen Stufen in einem Prozess zu entfalten haben und welcher Aufgabenkreis innerhalb eines Gerichtes dem Kollegium, dem Präsidenten oder Einzelrichter, allenfalls auch dem Gerichtsschreiber übertragen ist.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Guldener I, S.73 Anm.6; Walder II, S.115.

## § 6 DIE PARTEIEN

=====

### I. ALLGEMEINE REGELN

#### A. Parteien und Parteifähigkeit

Parteien im rein prozessualen Sinn sind diejenigen Personen, von welchen und gegen welche in eigenem Namen der staatliche Rechtsschutz verlangt wird.<sup>1</sup> Die Parteistellung bedeutet das tatsächliche Auftreten als Ansprechender der gerichtlichen Entscheidung, das Eingeschaltetsein in das Prozessrechtsverhältnis. Es wird somit jeder, der in einem Rechtsstreit als Kläger oder Beklagter auftritt, als Partei betrachtet, sofern er nur tatsächlich in der Lage ist, selbst oder durch einen Vertreter in eigenem Namen zu handeln und Rechtsschutz zu beanspruchen.

Parteifähig ist jedermann, der rechtsfähig ist, natürliche wie juristische Personen.<sup>2</sup> Aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften können ferner die Kollektivgesellschaft (Art. 562 OR), die Kommanditgesellschaft (Art. 602 OR), ebenso die Konkursmasse (Art. 204 u. 240 SchKG), das Erbschaftsvermögen und die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (Art. 712 I vor Gericht klagen und verklagt werden.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, §§ 27/28; Kupfer, S. 86 ff.

<sup>2</sup> Art. 11 und 52 ZGB; BGE 42 II 555; Guldener I, S. 112: "Als Partei im Prozess zugelassen werden soll aber nur, wer Parteifähigkeit besitzt, d.h. die prozessuale Berechtigung als Partei im Prozess aufzutreten. Ob sie vorhanden ist oder fehlt, hat das Gericht förmlich festzustellen. Bis über diese Frage rechtskräftig entschieden ist, 'kommen jeder Partei' sämtliche Parteibefugnisse zu, selbst wenn sie der Parteifähigkeit erman-  
geln sollte." Wie Guldener an einem Beispiel aufzeigt, wäre es möglich, dass z.B. eine jur. Person einen Prozess führt, in diesem Prozess aber als nicht existent erklärt würde. Vgl. dazu BGE 96 II 277, 99 II 256 E. 6.

<sup>3</sup> BGE 78 I 12, 60 I 7; ZR 53 Nr. 155. Zur Frage der Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümer vgl. unten, S. 118 ff. Nicht parteifähig ist dagegen die Gesamtheit der Miteigentümer, SJZ 70, S. 213 Nr. 42. Vgl. unten, S. 110 ff.

## B. Prozessfähigkeit

### 1. Begriff

Es ist die Fähigkeit, im Prozess zu handeln, d.h. den Prozess selbst, ohne gesetzlichen Vertreter, zu führen oder durch einen Bevollmächtigten führen zu lassen.<sup>1</sup> Prozessfähig sind die handlungsfähigen natürlichen und juristischen Personen. Allen nach Bundesrecht handlungsfähigen Personen muss folglich Prozessfähigkeit zuerkannt werden.<sup>2</sup> Das kantonale Recht hat daher alle nach Bundesrecht handlungsfähigen Personen als prozessfähig anzuerkennen und kann anderseits solchen Personen, die von Bundesrechts wegen nicht handlungsfähig sind, die Prozessfähigkeit nicht zuerkennen.<sup>3</sup>

Die Prozessfähigkeit gehört zu den Prozessvoraussetzungen und ist in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu prüfen.<sup>4</sup> Nach appenzell-ausserrhodischer und st.gallischer Zivilprozessordnung sind das Fehlen von Prozessvoraussetzungen und prozesshindernde Einreden von den Parteien durch Vorfragen geltend zu machen. Fehlt einer Partei die Prozessfähigkeit, so fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, und es ist auf die Klage nicht einzutreten.<sup>5</sup> Prozesshandlungen nicht prozessfähiger Parteien können als

---

<sup>1</sup> Die Prozessfähigkeit ist somit ein Teil der Handlungsfähigkeit, BGE 48 II 29. Zur Frage der Prozessfähigkeit bei "einer krankhaft querulatorischen Persönlichkeit" vgl. Wirsch, Gerichtliche Psychiatrie, 2.A., S.225 ff.; Binswanger, Leitfaden der Psychiatrie, S.93/94; Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 30. Dezember 1975 i.S. O. Gutweniger/U. Bremi betr. Ehrverletzung.

<sup>2</sup> Art.14 BZPO.

<sup>3</sup> Damit ist auch die Zuständigkeit des Bg, die Prozessfähigkeit zu überprüfen, gegeben; BGE 42 II 555, 48 II 29. Der Bundesgesetzgeber hat bisweilen selbst Vorschriften über die Prozessfähigkeit aufgestellt, so in Art.168 Abs.1 ZGB, bezüglich der Ehefrau, oder in Art.421 Ziff.8, bezüglich Bevormundeter.

<sup>4</sup> AR Art.125 ZPO, SG Art.281 ZP, ZH § 108 ZPO.

<sup>5</sup> AR Art.138 ZPO; vgl. Sträuli/Messmer, § 108 N 14 ZPO. Nach §§ 27/28 soll das Gericht bei fehlender Prozessvoraussetzung dem gesetzlichen Vertreter, oder wenn ein solcher nicht bekannt ist, der Vormundschaftsbehörde, unverzüglich vom Prozess Kenntnis geben, nötigenfalls vorläufig selber einen Vertreter bestellen.

nichtig angefochten werden.<sup>1</sup>

## 2. Die Prozessfähigkeit der Miteigentümer

Wie das Eigentum oder das beschränkte dingliche Recht entweder einem einzelnen Rechtssubjekt zustehen kann als Alleineigentum<sup>2</sup> oder gleichzeitig mehreren Personen in der Weise, dass sie gemeinschaftlich berechtigt sind,<sup>3</sup> so kann auch die Prozessfähigkeit bezüglich einer Sache oder eines beschränkten dinglichen Rechts einem Berechtigten allein, oder aber einer Gruppe von Berechtigten zustehen.

Da das Miteigentum ein voraussetzungsloses, rein sachenrechtliches Verhältnis ist, das Gesamteigentum dagegen eine persönliche Verbindung der Beteiligten voraussetzt, deren Kenntnis nicht jedermann zugemutet werden kann, besteht eine Vermutung für das gewöhnliche Miteigentum. Wer behauptet, dass Gesamteigentum vorliege, hat hierfür den Beweis zu erbringen.

Das Miteigentum ist diejenige Art des gemeinschaftlichen Eigentums, bei der jedem Berechtigten ein ideeller Bruchteil zusteht, an welchem er die Rechte und Pflichten eines Eigentümers hat, und über den er insbesondere frei verfügen kann. Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil verfügen, ihn nach Belieben ganz oder teilweise veräussern oder belasten. Bezüglich der rechtlichen Behandlung der ganzen im Miteigentum stehenden Sache ist zu sagen, dass grundsätzlich die Mitwirkung aller Miteigentümer erforderlich ist für die Verfügungen über die gemeinschaftliche Sache gemäss

---

<sup>1</sup> SG Art. 122 ZP; Lutz Art. 99 N 2; KG 1921 Nr. 7, 1945 Nr. 5; Sträuli/Messmer, §§ 27/28 N 7, § 281 N 19. Der Vertreter oder die Partei selbst können aber, nach erlangter Handlungsfähigkeit, das Verfahren nachträglich genehmigen; BGE 82 II 173.

<sup>2</sup> Im Gegensatz zu Gesamteigentum: Das Eigentum steht allen Gemeinschaftern ungeteilt, ohne Anteile zu; Meier-Hayoz, Vorbem. zu Art. 646 - 654 N 2 ff. ZGB.

<sup>3</sup> Durch Bildung von Anteilen, Teilrechten, Quoten. Meier-Hayoz, Art. 646 N 27, sieht im Anteil die Gesamtheit der Rechte und Pflichten des Miteigentümers einerseits und die ziffernmässige Berechtigung im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten andererseits.

Art. 648 ZGB wie auch für die Verwaltung der Sache. Prozessfähigkeit kommt gemäss Art. 712 I ZGB lediglich der Stockwerkeigentümergeinschaft zu, nicht auch einer gewöhnlichen Miteigentumsgemeinschaft.

Allerdings können die einzelnen Miteigentümer die rechtliche Verfügungsmacht auch an Einzelpersonen übertragen. Gemäss Art. 648 ZGB hat ein solcher Beschluss einstimmig zu erfolgen, es sei denn, die Miteigentümer hätten anstelle der Einstimmigkeit irgendein anderes Mehrheitserfordernis festgelegt.<sup>1</sup>

Ist auf einem Grundstück, das im Miteigentum verschiedener Personen steht, Schaden entstanden oder besteht Gefahr, dass ein Schaden eintritt, so kann jeder Miteigentümer selbständig klagen. Dies ergibt sich aus Art. 648 Abs. 1 ZGB. Die Gutheissung einer solchen Abwehrklage müsste sich notwendigerweise auch zugunsten der übrigen Miteigentümer auswirken. Erhebt dagegen ein Miteigentümer allein einen Schadenersatzanspruch, so kann ihm im Urteil nur der auf ihn entfallende Anteil zugesprochen werden.

Demgegenüber herrschen in der Lehre Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Passivlegitimation bei Schadenersatzklagen aus erfolgter Schädigung. Während Meier-Hayoz solidarische Haftung aller Miteigentümer verlangt, schlagen Oser/Schönenberger und Haab Haftung nach Quoten vor, es wäre denn, dass ein gemeinsames Verschulden vorliegen würde.<sup>2</sup>

M.E. ist eine Haftung nach Quoten abzulehnen, da dem Geschädigten in vielen Fällen nicht zugemutet werden kann, abzuklären, welche Quote der Verursachung auf jeden der mehreren Miteigentümer (Schädiger) entfällt. Eine eingehende und vollständige Abklärung wäre aber notwendig, wenn der

---

<sup>1</sup> In einem Prozess können sich die Miteigentümer durch einen einzigen von ihnen oder durch einen Dritten vertreten lassen. Allerdings bedarf es dazu eines entsprechenden Beschlusses der Miteigentümerversammlung, oder der mit der Prozessführung Beauftragte müsste sich mindestens mit einer schriftlichen Vollmacht aller Miteigentümer ausweisen können; vgl. SJZ 70, S. 213 f.

<sup>2</sup> Meier-Hayoz, Art. 646 N 81 ZGB; ebenso Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1958, S. 301; a.M. Oser/Schönenberger, Komm. zum OR, 2. Aufl., Zürich 1929/36, Art. 58 N 14, und dort zit. Autoren; Haab, Art. 649 N 2 ZGB.

Kläger nicht Gefahr laufen soll, teilweise in die Kosten verurteilt zu werden, falls er im Rechtsbegehren einen zu hohen Betrag geltend gemacht hat. Klagt der Geschädigte dagegen einen zu kleinen Betrag ein und will er in einer späteren Klage den Restbetrag geltend machen, so könnte der Beklagte einem solchen Begehren die Einrede der beurteilten Sache entgegenhalten.

### C. Klageabweisungsgründe

Von der Partei- und Prozessfähigkeit sind zu unterscheiden:

#### 1. Die mangelnde Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation)

Die Sachlegitimation betrifft die Frage der Rechtszuständigkeit, d.h. die Frage, ob der Kläger materiell der richtige Kläger und der Beklagte materiell der richtige Beklagte ist.<sup>1</sup> Die Bestreitung der Legitimation ist keine prozessuale Vorfrage. Fehlt die Legitimation einer Partei, also der Nachweis der Berechtigung zur Klage bzw. der Nachweis der Verpflichtung des Beklagten bezüglich des eingeklagten Anspruchs, so wird die Klage durch Urteil abgewiesen.<sup>2</sup>

Beispiel: Der Grundeigentümer A. verkauft seine mit einem Vorkaufsrecht zugunsten des D. belastete Liegenschaft an B. Der Grundbuchbeamte beachtet diese Belastung nicht und nimmt die Eintragung im Grundbuch pflichtwidrig vor. D., der von diesem Rechtsgeschäft vorgängig keine Kenntnis erhalten hat, möchte das Vorkaufsrecht ausüben und das Eigentum an der fraglichen Liegenschaft zu den im Kaufvertrag enthaltenen Bedingungen selbst erwerben.

Es stellt sich nun die Frage, wer als Beklagter zur Klage passivlegitimiert ist: der frühere Eigentümer, oder der Erwerber der Liegenschaft.

---

<sup>1</sup> BGE 48 II 355.

<sup>2</sup> ZH §§ 188/189 ZPO; Sträuli/Messmer, §§ 27/28 N 19 und dort zit. Entscheide, ebenso § 188 N 8 ZPO. Ueber die Sachlegitimation ist aber erst nach Bejahung der Prozessvoraussetzungen zu entscheiden: ZR 71 Nr.95 E.1 = SJZ 69, S.102 Nr.65, ZR 67 Nr.57, 65 Nr.122.

Die frühere Lehre vertrat die Ansicht, die Klage sei gegen den früheren Eigentümer zu richten,<sup>1</sup> und zwar auf Zusprechung des Eigentums, und eine zweite Klage gegen den Erwerber auf Berichtigung des Grundbuches.

Demgegenüber gilt heute in der Praxis die gegenteilige Meinung. Das Bundesgericht hat die Frage, ob das Vorkaufsrecht gegenüber dem früheren Eigentümer oder gegenüber dem Erwerber oder gegenüber beiden Beteiligten geltend zu machen sei, in einem Urteil vom 10. Februar 1966 einlässlich geprüft.<sup>2</sup> Gestützt auf den Wortlaut des Art. 681 ZGB und eine sorgfältige Interessenabwägung kam es dazu, bei vertraglicher Begründung des Vorkaufsrechts den Berechtigten ausschliesslich auf den Klageweg gegenüber dem Erwerber zu verweisen.<sup>3</sup> Diese Regelung wurde mit nicht publiziertem Entscheid vom 1. März 1971 i.S. "Jeanmaire" auch für das gesetzliche Vorkaufsrecht bejaht und der Entscheid am 23. September 1971 ausdrücklich bestätigt.<sup>4</sup> An die Annahme eines Verzichts auf das gesetzliche Vorkaufsrecht stellt das Bundesgericht hohe Anforderungen. Nach Art. 680 Abs. 2 ZGB bedarf es zur Aufhebung oder Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen der öffentlichen Beurkundung und der Eintragung im Grundbuch. In einem Entscheid vom 20. Februar 1958 wird erklärt, dass auch ein stillschweigender Verzicht des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsrechtbelasteten dem Grundbuchamt zur Kenntnis gebracht werden müsse.<sup>5</sup>

## 2. Die ungenügende oder fehlende Parteivollmacht

### a) Bei Parteien mit Wohnsitz in der Schweiz

Wer eine Partei im Prozess vertritt, bedarf einer Vollmacht des zu Vertretenen. Während nach ausserrhodischem Recht dem Gericht in jedem Fall ein

---

<sup>1</sup> Vgl. Jost, Handkommentar, S. 84 ff. Ziff. 10; Haab, Art. 681/82 N 46 ZGB; BGE 82 II 582, 84 II 192 (= Pr. 47 Nr. 96).

<sup>2</sup> BGE 92 II 147 ff. (= Pr. 56 Nr. 3).

<sup>3</sup> BGE 92 II 155 E. 4.

<sup>4</sup> BGE 97 II 280 E. 2.

<sup>5</sup> BGE 84 II 200/201; vgl. unten, S. 148 ff., Veränderung der Parteien während des Prozesses.

vollständiger Ausweis vorgelegt werden muss, ist das Gericht im Kanton Zürich von Amtes wegen verpflichtet, festzustellen, ob die erforderliche Vollmacht vorliege.<sup>1</sup> Im Kanton St.Gallen wird vermutet, dass Rechtsanwälte und Rechtsagenten, welche die Bewilligung des Kantonsgerichtes zur Berufsausübung haben, eine allgemeine Prozessvollmacht der von ihnen zu vertretenden Partei besitzen.<sup>2</sup> Das st.gallische Zivilrechtspflegegesetz gibt dem Richter aber die Befugnis, jederzeit die Beibringung oder die Verbesserung einer Prozessvollmacht zu verlangen.<sup>3</sup>

#### b) Bei Parteien mit Wohnsitz im Ausland

---

Gemäss Art.46 der ausserrhodischen ZPO ist eine Partei, welche keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, verpflichtet, in der Schweiz einen Vollmachtsträger zu bezeichnen. Leistet der Kläger dieser Aufforderung innert angemessener Frist keine Folge, so ist der Prozess abzuschreiben.

Aehnliche Regelungen treffen die st.gallische und die zürcherische Gesetzesbestimmung. Allerdings sind die Sanktionen bei Nichtbefolgen der gesetzlichen Aufforderung weniger weitgehend. In St.Gallen erfolgt die Zustellung auf eigene Gefahr der Partei, und nach der zürcherischen Regelung hat die Partei eine Zustellung, die nicht in gehöriger Weise geschehen konnte, als erfolgt gelten zu lassen,<sup>4</sup> unter der Voraussetzung, dass sie aufgefordert wurde, einen Zustellungsempfänger zu bestellen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art.59 ZPO, ZH § 34 ZPO; Sträuli/Messmer, § 38: "Die Prozessvollmacht muss dem Gericht grundsätzlich von Anfang an vorgelegt werden." Legt ein Vertreter keine Vollmacht ins Recht, so wird ihm hierfür eine Nachfrist angesetzt. Prozesshandlungen eines nicht bevollmächtigten Vertreters dürfen keine Folge gegeben werden.

<sup>2</sup> SG Art.118 ZP; vgl. Lutz, Art.118 N 5.

<sup>3</sup> SG Art.120 ZP; Lutz, Art.120 N 1: Bei gesetzlicher Vertretung besteht eine Pflicht des Richters, die Vollmacht einzuverlangen.

<sup>4</sup> § 181 GVG.

<sup>5</sup> ZH §§ 30/31 ZPO; diese neue Bestimmung wurde aufgenommen, um das zeitraubende Verfahren für Zustellungen ins Ausland nach § 178 GVG zu vermeiden, vgl. Sträuli/Messmer, §§ 30/31; BGE 86 II 4, 5, 91 II 152, 96 I 398, 97 Ia 258, 101 Ia 8.

## II. DIE STOCKWERKEIGENTUMSGEMEINSCHAFT

### A. Das Stockwerkeigentum<sup>1</sup>

Stockwerkeigentum (StWE) kann in der Schweiz erst seit 1965 wieder begründet werden. Es bedurfte dazu einer Aenderung des ZGB, denn früher war diese Form des gemeinschaftlichen Grundbesitzes verpönt.<sup>2</sup>

Aus dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach Wohnungseigentum und Sonder-eigentum an Geschäftsräumen heraus sah sich der Gesetzgeber veranlasst, für das altrechtliche Stockwerkeigentum einen Ersatz zu schaffen. Mit der Revision des ZGB vom 19. Dezember 1963<sup>3</sup> wurde eine neue Regelung geschaffen.

Wenn man von Stockwerkeigentum spricht, so ist damit unweigerlich auch das Miteigentum angesprochen, denn das StWE ist im ZGB nichts anderes als eine entsprechend ausgestaltete Miteigentumsberechtigung. Deshalb untersteht die Gesetzesnovelle grundsätzlich auch den Bestimmungen über das Miteigentum, jedoch nur dort, wo das Gesetz für das StWE nichts anderes vorsieht.

---

<sup>1</sup> Näheres s. bei H.P. Friedrich, Basel, in SJK, Nr.1301-1305.

<sup>2</sup> Art. 712a-712t ZGB, Grundbuchverordnung Art.10a, 33a ff.; SchlT. Art.20bis.

<sup>3</sup> In Kraft seit 1. Januar 1965.

## B. Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer im Rechtsverkehr

---

### 1. Die Gemeinschaft als Rechtsperson

---

Zwar geht der Zusammenschluss der Stockwerkeigentümer über denjenigen der gewöhnlichen Miteigentümer hinaus. Trotzdem bilden die zusammengeschlossenen Stockwerkeigentümer keine Gesellschaft in irgendeiner Form des Obligationenrechts, sondern lediglich eine Gemeinschaft, deren Zweck sich darin erschöpft, den wirtschaftlichen Wert der gemeinsamen Liegenschaft durch sinnvolle Verwaltung, Nutzung und Verfügungen sicherzustellen. Hinsichtlich ihrer gemeinschaftlichen Aufgabe wird sie von Gesetzes wegen teilweise aber wie eine juristische Person behandelt. Sie kann unter ihrem eigenen Namen das Vermögen, das sich aus der Verwaltungstätigkeit ergibt, erwerben,<sup>1</sup> kann klagen und betreiben, sowie am Ort, wo die Sache sich befindet, beklagt und betrieben werden.<sup>2</sup>

#### a) Umfang von Rechts- und Handlungsfähigkeit

---

Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist, im Unterschied zur gewöhnlichen Miteigentumsgemeinschaft, insoweit rechts- und handlungsfähig als es ihr Zweck, die im Miteigentum der Stockwerkeigentümer stehende Liegenschaft zu verwalten, mit sich bringt. Bezüglich dieser Verwaltungshandlungen wird denn die Gemeinschaft sowohl im Innenverhältnis als auch gegen aussen als Trägerin der Rechte und Pflichten angesehen.<sup>3</sup> Die Rechts- und Handlungsfähigkeit bedeutet aber auch Schuldfähigkeit. So hat der Gläubiger die Möglichkeit, entweder die Gemeinschaft als Ganzes oder einzelne Stockwerkeigentümer allein für gemeinsame Verpflichtungen der Stockwerkeigentumsgemeinschaft zu belangen. Es steht ihm frei, die Forderung

---

<sup>1</sup> Beitragsforderungen, Erneuerungsfonds.

<sup>2</sup> Art. 712 I Abs. 2; vgl. oben, S. 108; Sträuli/Messmer, §§ 27/28 N 2.

<sup>3</sup> Die Gemeinschaft kann unter ihrem Namen ausnahmsweise auch Grundstücke erwerben. Dies folgt daraus, dass wenn die Gemeinschaft gemäss Art 712i ZGB ein gesetzliches Grundpfandrecht an den einzelnen Stockwerken zur Sicherung der Beitragsforderung geltend machen kann, sie logischerweise diese Pfandsache im Verwertungsfall auch ersteigern können muss.

gleichzeitig gegenüber der Gemeinschaft einerseits und dem Stockwerkeigentümer andererseits geltend zu machen. Die Belangbarkeit der Gemeinschaft erstreckt sich auf Forderungen, soweit sie mit dem Eigentum an der Liegenschaft im Zusammenhang stehen und wofür alle Stockwerkeigentümer gemeinsam einzustehen haben.<sup>1</sup>

#### b) Das Innenverhältnis

---

Oberstes Organ der Gemeinschaft ist die Versammlung der Stockwerkeigentümer. Ihr stehen alle Befugnisse zu, die nicht einem andern Organ übertragen sind.<sup>2</sup> Jedes Mitglied der Gemeinschaft kann Beschlüsse, die Gesetz, Begründungsakt oder Reglement verletzen, beim Richter anfechten, sofern es dem Beschluss vorher nicht zugestimmt hat.<sup>3</sup> Eine solche Klage richtet sich gegen die Gemeinschaft, denn diese ist selber, wie nachstehend noch darzulegen sein wird, in einem gewissen Sinne "parteifähig".

Die Gemeinschaft handelt durch ihre "Organe". Die Vertretungsmacht des Verwalters bezieht sich auf alle Angelegenheiten, die sich aus der gemeinschaftlichen Verwaltung der Liegenschaft ergeben.<sup>4</sup> Der Verwalter ist auch von Gesetzes wegen Zustellungsempfänger für alle an die Stockwerkeigentümer insgesamt gerichteten Erklärungen, Aufforderungen, Urteile, usw. Diese Zustellung kann sowohl an seinem Wohnsitz, wie auch an den Ort der gelegenen Sache erfolgen.<sup>5</sup> Für zivilprozessuale Handlungen besteht die Vertretungsmacht des Verwalters nur im summarischen Verfahren und, unter Vorbehalt der nachträglichen Ermächtigung, in dringenden Fällen. Für die Führung ordentlicher Zivilprozesse bedarf der Verwalter einer besonderen

---

<sup>1</sup> So etwa Forderungen aus der Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers gemäss Art. 679 ZGB und Art. 58 OR.

<sup>2</sup> Art. 712m Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

<sup>3</sup> Dies ergibt sich aus Art. 712m Abs. 2 ZGB, der auf die Bestimmungen über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen verweist.

<sup>4</sup> Nach der gesetzlichen Regelung (Art. 712t Abs. 1) geht diese Vertretungsmacht recht weit, z.B. kann der Verwalter einen Hauswart anstellen, Werkverträge für Unterhaltsarbeiten oder auch Versicherungsverträge abschliessen.

<sup>5</sup> Art. 712t Abs. 3 ZGB.

Bevollmächtigung durch die Versammlung der Stockwerkeigentümer.

Wer in Ueberschreitung der eigenen Nutzungsbefugnis<sup>1</sup> die anderen Stockwerkeigentümer in der Ausübung ihrer Rechte stört, verstösst gegen die gesetzliche und vertragliche Miteigentumsordnung. Er greift dadurch in das Eigentum der Miteigentümer ein und muss deshalb Klagen wegen Verletzung des Eigentums gewärtigen.<sup>2</sup> Daneben können die Verletzten die Ansprüche auch aus Nachbarrecht geltend machen, also wegen Ueberschreitung des Eigentums.<sup>3</sup> Im allgemeinen entstehen diese Ansprüche aus Nachbarrecht nur dort, wo die Ueberschreitung des Eigentums sich auf einer fremden Liegenschaft auswirkt. Allerdings spricht nichts dagegen, diese Ansprüche auch zuzulassen, wo das Gebäude in verschiedene Eigentumsblöcke aufgeteilt ist.<sup>4</sup> Solche Ansprüche aus Nachbarrecht setzen, auch wenn sie auf Schadenersatz gehen, kein Verschulden voraus.<sup>5</sup> Da die Besitzsphären klar ausgeschieden sind, stehen dem Stockwerkeigentümer zudem die Behelfe aus Besitzerschutz zur Verfügung.<sup>6</sup>

## 2. Die Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentumsgemeinschaft

### a) Die rechtliche Natur der Einheitsbehandlung der Gemeinschaft im Prozess

---

Die Stockwerkeigentumsgemeinschaft wird bezüglich Haftung und Betreibung als Einheit betrachtet. Der Forderung, ihre Handlungsfähigkeit auch auf den Zivilprozess auszudehnen, dürfte m.E. kein Hindernis entgegenstehen.

---

<sup>1</sup> Der Stockwerkeigentümer hat die Befugnis, sein Eigentum ausschliesslich zu benutzen, zu verwalten und innen zu verändern, soweit dadurch nicht die Sonderrechte der andern Stockwerkeigentümer oder gemeinschaftliche Interessen betroffen werden; Art. 712a ZGB.

<sup>2</sup> Vgl. die Ausführungen zur Eigentumsklage, oben S.12 ff.

<sup>3</sup> Die Klage aus der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers, oben S.16 ff.; BGE 55 II 21 f.

<sup>4</sup> In diesem Sinne auch Meier-Hayoz, Art. 646 N 71 u. Art. 679 N 83 ZGB.

<sup>5</sup> Meier-Hayoz, Art. 646 N 72.

<sup>6</sup> Näheres bei Frei Hansjörg, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. ZH 1970, S.100 ff.; oben S.26 ff., Der Besitzschutz.

Dass die Gemeinschaft als solche nicht rechtsfähig ist, schliesst nicht aus, sie im Prozess wie eine parteifähige juristische Person zu behandeln. Die jeweiligen Gemeinschaftler sind als Partei zu betrachten; der Name der Gemeinschaft ist die Sammelbezeichnung, unter welcher sie gemeinsam klagen und eingeklagt werden kann.<sup>1</sup> Art. 712 I Abs. 2 ZGB verleiht der Gemeinschaft Prozessfähigkeit, d.h. die Berechtigung, den Prozess als Partei durch einen selbst gewählten Vertreter führen zu lassen.<sup>2</sup>

#### b) Allgemeine prozessuale Grundsätze und Zuständigkeitsbedingungen

Wie bei der Kollektivgesellschaft ergeben sich die allgemeinen Grundsätze der Stockwerkeigentumsgemeinschaft im Prozess daraus, dass richtig gesehen, die einzelnen Gesellschafter bzw. Gemeinschaftler parteifähig sind, sie jedoch in ihrer Verbundenheit als Einheit und nicht bloss - wie die Miteigentümer - als Streitgenossen am Prozess teilnehmen. Auch ein Wechsel in der Vertretung der Gemeinschaft kann den Prozessgang nicht beeinflussen. Ist der Bestand einer Forderung gegen die Gemeinschaft rechtskräftig festgestellt, so ist diese Feststellung auch wirksam für jeden Stockwerkeigentümer, der für die Gemeinschaftsschulden haftet. Die materielle Rechtskraft bedeutet dann, dass ein Stockwerkeigentümer, der für die Gemeinschaftsschulden anteilmässig oder solidarisch haftet und hierfür persönlich in Anspruch genommen wird, nurmehr persönliche Einreden<sup>3</sup> erheben kann.

Klagen gegen die Stockwerkeigentumsgemeinschaft müssen nach Art. 712 I Abs. 2 ZGB am Ort der gelegenen Sache angehoben werden. Für Begehren, wie Einsprache des Gläubigers gegen die Veräusserung eines Stockwerkes,<sup>4</sup> Begehren um die Anordnung notwendiger Massnahmen zur Erhaltung des

---

<sup>1</sup> Vgl. für die Kollektivgesellschaft Guldener I, S. 113 u. 114.

<sup>2</sup> Guldener I, S. 115.

<sup>3</sup> So etwa, dass er die Forderung beglichen habe, dass diese erlassen oder gestundet oder durch Verrechnung getilgt worden sei.

<sup>4</sup> Art. 712c Abs. 3; die Einsprache dürfte in der Regel der bestellte Verwalter oder ein von den Stockwerkeigentümern bestimmter Gemeinschaftler erheben.

Wertes oder der Gebrauchsfähigkeit der gemeinschaftlichen Sache gemäss Art. 647 ZGB etc., ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig.<sup>1</sup>

#### c) Vertretung im Prozess

-----

Zur Vornahme prozessualer Handlungen bestimmt die Versammlung der Stockwerkeigentümer einen Miteigentümer, den Verwalter oder eine Drittperson. Diese Person hat dann die Klagen der Gemeinschaft zu erheben und umgekehrt, an sie sind Klagen gegen die Gemeinschaft zu richten.<sup>2</sup>

#### d) Umfang der Prozessfähigkeit

-----

Die Stockwerkeigentumsgemeinschaft ist nur dann prozessfähig, wenn es um Rechtsbegehren geht, die von den Stockwerkeigentümern oder gegen sie in ihrer Eigenschaft als gemeinschaftliche Eigentümer der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft anhängig gemacht werden.

Die Gemeinschaft ist bei Forderungsklagen aktiv- und passivlegitimiert, wenn die Forderung zum Verwaltungsvermögen gehört oder aus diesem zu befriedigen sein wird. Ebenso ist die Aktiv- und Passivlegitimation gegeben für diejenigen Klagen, die sich direkt aus dem gemeinschaftlichen Eigentum an der Liegenschaft ergeben. So kann die Gemeinschaft die Vindikation,<sup>3</sup> die Grundbuchberichtigungsklage,<sup>4</sup> eine actio negatoria,<sup>5</sup> wie auch die Eigentumsfeststellungsklage<sup>6</sup> anstrengen. Desgleichen können diese Rechte oder Rechtsverhältnisse der Gemeinschaft als Beklagter gegenüber geltend gemacht werden.

---

<sup>1</sup> AR Art. 223 ff. ZPO, SG Art. 389 Ziff. 2 ZP, ZH § 204 ff. ZPO, insbes. § 215 Ziff. 30, 34, 36; Sträuli/Messmer, § 215 N 65, 72, 75.

<sup>2</sup> Art. 712t ZGB.

<sup>3</sup> Vgl. oben, S. 10 f. u. S. 81.

<sup>4</sup> Vgl. oben, S. 11 f.

<sup>5</sup> Vgl. oben, S. 12 f. u. S. 81.

<sup>6</sup> Vgl. oben, S. 30 ff.

## § 7 DIE STREITGENOSSENSCHAFT<sup>1</sup>

=====

### I. BEGRIFF

Die Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) ist eine Mehrheit von Klägern (aktive) oder Beklagten (passive), die gemeinsam als Partei in einen Prozess einbezogen werden, zum Zweck der Prozessökonomie oder der Sicherung einheitlicher Urteile.

### II. ARTEN

#### A. Die notwendige Streitgenossenschaft

##### 1. Begriff

Es liegt eine notwendige oder eine "Zwangsstreitgenossenschaft" vor, wenn das streitige Recht oder die streitige Verpflichtung den Streitgenossen nur gemeinsam zukommt.<sup>2</sup>

Wird die Klage nicht von allen Berechtigten gemeinsam erhoben oder nicht gegen alle Beteiligten gerichtet, so fehlt es an der notwendigen Sachlegitimation der Parteien, weil das eingeklagte Recht entweder nicht dem Kläger oder demselben nicht gegenüber dem Beklagten zusteht. Die Klage kann auch nicht zu einem Teilerfolg führen, sie ist in diesem Fall als unbegründet abzuweisen.<sup>3</sup>

Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt somit vor, wenn mehreren Personen gemeinsam ein Recht zusteht, über das sie nur gemeinsam verfügen

---

<sup>1</sup> AR Art. 47 ff. ZPO, SG Art. 103 ff. ZP, ZH § 39 ff. ZPO. Näheres bei Sträuli/Messmer, §§ 39-42; Guldener I, S. 267 ff.

<sup>2</sup> Z.B. bei allen Gesamthandverhältnissen wie Gesamteigentum, Gesamtberechtigung, Gesamtverpflichtung, gemeinsame Klagen mehrerer Dienstbarkeitsberechtigter, Forderungen, die mit Nutznießung oder Pfandrecht belastet sind; dagegen besteht keine notwendige Streitgenossenschaft zwischen mehreren geschädigten Bauhandwerkern hinsichtlich der Ausübung ihres Anfechtungsrechts nach Art. 841 ZGB (ZR 17 Nr. 149).

<sup>3</sup> Vgl. oben, S. 112 f.; Guldener I, S. 269, Anm. 40.

können, oder wenn eine Gestaltungsklage in bezug auf ein zwischen mehreren Personen bestehendes Rechtsverhältnis erhoben wird.<sup>1</sup>

Beispiel: A. ist aufgrund einer Einzelversicherung bei der Versicherungsgesellschaft X gegen Unfall versichert, mit Anspruch auf entsprechende Entschädigung im Falle von Tod, gänzlicher oder teilweiser Invalidität.- A. verunfallt und stirbt zwei Tage nach dem Unglück. Die Versicherung bestreitet den Anspruch auf die Todesfallentschädigung.- Die Teilung des Nachlasses hat noch nicht stattgefunden; die Erben haben deshalb nur gemeinsam, als Erbengemeinschaft, Anspruch auf die Versicherungsleistung. Sie bilden eine notwendige Streitgenossenschaft und können den zum unverteilter Nachlass gehörenden Versicherungsanspruch nur gemeinsam gerichtlich geltend machen, unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse (Art. 602 ZGB).

## 2. Entstehung

Die notwendige Streitgenossenschaft entsteht durch gemeinsame Prozessbe gründungshandlung der Streitgenossen, oder gegenüber den Streitgenossen, oder durch den Eintritt mehrerer Rechtsnachfolger in den Prozess anstelle einer Partei (z.B. bei der Erbengemeinschaft), und durch gerichtliche Ver einigung mehrerer getrennt eingeleiteter Prozesse.<sup>2</sup>

## 3. Folge für die Streitgenossen

Der Notwendigkeit der gemeinsamen Prozessführung durch die notwendigen Streitgenossen entspricht die Notwendigkeit einer einheitlichen Entschei dung gegenüber allen Streitgenossen. So kann z.B. die "rei vindicatio"

---

<sup>1</sup> Guldener I, S. 269 Anm. 38: "Feststellungsklagen über Rechtsverhältnisse, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, brauchen nicht notwen digerweise gegen alle Beteiligten erhoben zu werden. Es dürfte genügen, wenn derjenige Beteiligte eingeklagt wird, dem gegenüber das Feststel lungsinteresse vorhanden ist."

<sup>2</sup> Als Beispiel für eine notwendige Streitgenossenschaft: Die Klage auf Teilung von Gesamteigentum (Art. 654 ZGB), Meier-Hayoz, Art. 654 N 31; Sträuli/Messmer, § 39 N 2; Guldener I, S. 268. Wenn erst im Verlaufe des Prozesses weitere Kläger oder Beklagte in den Prozess eintreten, so wird dies nicht als eine Klageänderung angesehen. Art. 49 der ausser rhodischen ZPO sieht denn auch vor, dass der Richter Mitberechtigte, die nicht geklagt haben, zum Prozess beiladen kann mit der Folge, dass sie Partei werden. So auch Art. 24 lit. a BZPO.

die von mehreren Grundeigentümern angestrengt wird, nicht mit Bezug auf den einen gutgeheissen, mit Bezug auf einen andern abgewiesen und mit Bezug auf einen Dritten wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung zurückgewiesen werden. Daraus folgt:

- Dass ein Sachurteil nur ausgefällt werden kann, wenn mit Bezug auf sämtliche Streitgenossen die Prozessvoraussetzungen gegeben sind; denn die Wirkungen des Urteils erstrecken sich ebenfalls auf alle Streitbeteiligten.
- Dass die Urteilsgrundlagen im Verhältnis zu allen Streitgenossen die gleichen sein müssen, da ja die Prozesshandlungen auch nur insoweit in Betracht fallen, als diese gemeinsam bzw. übereinstimmend vorgenommen werden.<sup>1</sup>

Die verschiedenen Streitgenossen können das behauptete Recht nur gemeinsam ausüben, insbesondere als Gesamthänder. Bei der notwendigen Streitgenossenschaft machen die "besonderen Rechtsverhältnisse"<sup>2</sup> eine gemeinsame Prozessführung notwendig, weil solche Rechtsverhältnisse nach Zivilrecht nur einheitlich beurteilt werden können. Eine gemeinsame Vertretung würde wohl das Verfahren vereinfachen, ist aber nicht vorgeschrieben.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Guldener I, S.270/72. Der Autor vertritt hier seine aus dem materiellen Recht gefolgerte Ansicht, dass bei der notwendigen Streitgenossenschaft zwar mehrere Personen in den Prozess einzubeziehen seien, jeder der verschiedenen notwendigen Streitgenossen aber zur selbständigen Wahrung seiner Interessen berechtigt sein müsse. Die Notwendigkeit hingegen, allen Streitgenossen gegenüber gleich zu entscheiden habe zur Folge, Behauptungen und Bestreitungen eines jeden Streitgenossen zu berücksichtigen; ein Streitgenosse könne einen Säumigen vertreten, indem er für diesen Rechtshandlungen vornehme, ja er könne sogar gegen den Willen der übrigen Rechtsmittel einreichen (BGE 82 II 3). Die neue Zürcher ZPO ist dieser Ansicht weitgehend gefolgt, indem sie dies in § 39 Abs.2 ausdrücklich festhält. Allerdings gilt dies nicht für die Einlegung von Rechtsmitteln (vgl. Sträuli/Messmer, § 39 N 13; SJZ 70, S.269 Nr.65).

<sup>2</sup> AR Art.48 Abs.2 ZPO, SG Art.104 Abs.2 ZP, ZH § 39 ZPO.

<sup>3</sup> Die ausserrhodische ZPO bestimmt in Art.49 Abs.2 aber ausdrücklich, dass die Prozesshandlungen eines Streitgenossen auch als von den säumigen notwendigen Mitstreitgenossen vorgenommen gelten sollen, und in Abs.3 des gleichen Artikels werden die Streitgenossen weiter aufgefordert, gemeinsam zu handeln soweit sie in ihrer Stellungnahme einiggehen. Die

## B. Die einfache Streitgenossenschaft<sup>1</sup> (subjektive Klagenhäufung)

---

### 1. Begriff

Wir sprechen von einer einfachen Streitgenossenschaft, wenn verschiedene Kläger ihre Klagen, die sie getrennt anheben könnten, aus Zweckmässigkeitsgründen in einem Prozess vereinigen. Die Streitgenossen sind aus denselben tatsächlichen und rechtlichen Gründen berechtigt oder verpflichtet. Der Prozess umfasst also mehrere Klagen, an denen aber nicht die gleichen, sondern verschiedene Personen beteiligt sind. Die Prozessführung in einfacher Streitgenossenschaft wird daher auch als subjektive Klagenhäufung bezeichnet.<sup>2</sup> Jeder Genosse handelt aber nur für sich selbst, so dass seine Handlungen dem andern weder nützen noch schaden können.<sup>3</sup>

Beispiel:<sup>4</sup> B. will auf seinem Grundstück eine durch einen Bach gebildete Mulde mit Aushub- und Abbruchmaterial ausfüllen, um mehr ebenes Gelände zu erhalten. Die Zufuhr sollte von der Hauptstrasse her über zwei Flurstrassen erfolgen, an denen weitere Nachbarn anteilsberechtigzt sind. Diese sind nicht damit einverstanden, dass auf diesen Flurwegen dauernd mit schweren Lastwagen gefahren wird und damit die Strassen zerstört werden. Sie können deshalb vom Richter verlangen, dass er dem Störer verbiete, die Flurwege für den vorgesehenen Zweck zu benützen. Aktivlegitimiert ist jeder einzelne Wegberechtigte, und zwar sowohl gegen einen andern Wegberechtigten wegen Ueberschreitung der Benützung des Flurweges als auch gegen einen Dritten wegen unbefugter Benützung des Weges.

---

Zürcher ZPO sieht in diesem Zusammenhang vor, dass das Gericht einen der Streitgenossen als Zustellungsempfänger bezeichnen kann, es sei denn, diese hätten einen gemeinsamen Vertreter bestellt oder ausdrücklich gesonderte Zustellung verlangt (ZH § 42 ZPO).

<sup>1</sup> ZH § 40 ZPO; zum Gerichtsstand vgl. oben, S. 97 ff.; Guldener I, S. 273.

<sup>2</sup> So können Klagen aus gemeinsamem Recht oder gemeinsamer Verpflichtung zusammengelegt werden: Ansprüche, die verschiedenen Streitgenossen als Miteigentümer, Solidargläubiger, zustehen, oder Ansprüche gegen Streitgenossen als Mitschuldner oder Mitverpflichtete. Beispiel: Schadenersatzklage gegen den Täter und den Geschäftsherrn oder den Werkeigentümer (Art. 58 OR).

<sup>3</sup> BGE 73 I 243; Sträuli/Messmer, § 40 N 1 u. 2.

<sup>4</sup> ZR 53 Nr. 143.

## 2. Entstehung

Eine einfache Streitgenossenschaft entsteht durch gemeinsame Prozessbegründungshandlungen mehrerer Streitgenossen oder gegen mehrere Streitgenossen und durch Vereinigung von Prozessen des gleichen Klägers oder gegen den gleichen Beklagten durch das Gericht.<sup>1</sup> Der Prozess umfasst mehrere Klagen, an denen aber nicht die gleichen, sondern verschiedene Personen beteiligt sind.<sup>2</sup>

## 3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Prozessführung in einfacher Streitgenossenschaft

### a) Gemeinsamer Gerichtsstand für alle Klagen

Die Prozessführung durch mehrere Streitgenossen ist zulässig, sofern für die verschiedenen Klagen ein gemeinsamer Gerichtsstand gegeben ist.<sup>3</sup>

In einzelnen Fällen kann es sich aufdrängen, einen für alle Klagen gemeinsamen Gerichtsstand zur Verfügung zu stellen, auch wenn im Gesetz ein solcher nicht vorgesehen ist.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ZR 38 Nr.103, 56 Nr.49. Die Vereinigung erfolgt aus prozessökonomischen Gründen.

<sup>2</sup> Beispiele für Klagen, welche eine einfache Streitgenossenschaft bewirken können: Vgl. Sträuli/Messmer § 40 N 3; Vindikation gegen den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitzer, oder gegen beide zusammen, Meier-Hayoz, Art.641 N 42 ZGB; Klagen mehrerer Miteigentümer auf unteilbare Leistung (Einräumung einer Dienstbarkeit, Besitzübertragung, Unterlassung von Immissionen), Meier-Hayoz, Art.646 N 67, 648 N 5 u. 6 ZGB; BGE 95 II 402; der Ersatzanspruch des oder der mehreren zu Verlust gekommenen Baupfandgläubiger gegen vorgehende Pfandgläubiger (Art. 841 ZGB); BGE 96 III 131 E. 4-6, 100 III 60.

<sup>3</sup> AR Art.47 Abs.2 ZPO, SG Art.105 ZP, ZH § 40 ZPO; Sträuli/Messmer, § 40 N 6.

<sup>4</sup> Vgl. oben, S.97 ff., der Gerichtsstand des Sachzusammenhanges. Ist aber eine Streitgenossenschaft unzweckmässig, so ist das Gericht berechtigt, Trennung der verschiedenen Klagen anzuordnen. (AR Art.47 Abs.2 ZPO, SG Art.105 ZP, ZH § 40 Abs.3, 58 Abs.2 ZPO). Eine Trennung der Prozesse darf auch erfolgen, wenn die eine Klage spruchreif ist, die andere noch nicht, ZR 26 Nr.183.

Beispiel: Mehrere Gesamteigentümer sind verpflichtet, eine gemeinsame Sache an einen Dritten zu übergeben. Sie sind also Solidarschuldner und der Dritte kann jeden einzelnen von ihnen einklagen (Art. 70 Abs. 2 OR). In natura erfüllen, können die Streitgenossen aber nur gemeinsam. Es erscheint deshalb zweckmässig, dem Dritten, wenn er Realerfüllung verlangt, die Klagen gegen alle am gleichen Gerichtsstand zu gestatten. Dies hat auch den Vorteil, dass gegenüber sämtlichen Verpflichteten im gleichen Sinne entschieden wird.<sup>1</sup>

#### b) Zusammenhang zwischen den einzelnen Klagen

-----

Eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit einer gemeinsamen Prozessführung durch die Streitgenossen bildet der Zusammenhang der verschiedenen Klagen untereinander. Wie ein solcher Zusammenhang beschaffen sein muss, legen die einzelnen Gesetze verschieden fest.

Als übereinstimmendes Kriterium für die Zulässigkeit einer subjektiven Klagenhäufung wird die Klage aus gemeinsamem Recht oder gemeinsamer Verpflichtung genannt.<sup>2</sup>

#### 4. Bedeutung der subjektiven Klagenhäufung

Die Bedeutung der einfachen Streitgenossenschaft liegt einmal darin, dass sie das Verfahren vereinfachen kann und somit der Prozessökonomie dient; zum andern, dass sie Rechtssicherheit verbürgt in dem Sinne, dass Rechtsanwendung und Beweiswürdigung gegenüber allen Streitgenossen genau gleich erfolgt.

---

<sup>1</sup> BGE 51 I 49, 52 I 136, 53 I 49, 69 I 8.

<sup>2</sup> AR Art. 47 Abs. 1 ZPO, SG Art. 103 ZP, ZH § 40 ZPO. Nach Sträuli/Messmer (§ 40 N 4) ist nicht gefordert, dass die Klagen in einem engen Zusammenhang stehen. Die gemeinsame Beurteilung in einem Verfahren ist nicht notwendig. "Es ist dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt, getrennt eingereichte Klagen zu vereinigen, bzw. gemeinsam eingereichte Klagen getrennt zu beurteilen." Nach § 26 wird dadurch die Zuständigkeit des Gerichtes nicht in Frage gestellt.

## § 8 DIE OBJEKTIVE KLAGENHÄUFUNG

=====

### I. IM ALLGEMEINEN

#### A. Begriff

Die objektive Klagenhäufung besteht in der Geltendmachung mehrerer Ansprüche im gleichen Verfahren gegenüber dem gleichen Beklagten.<sup>1</sup> Nach Sträuli/Messmer versteht man darunter die "anfängliche und gleichzeitige Erhebung mehrerer Rechtsbegehren oder die Vereinigung mehrerer getrennt eingereichter Klagen".

#### B. Entstehung

Eine Klagenhäufung wird dadurch hergestellt, dass der Kläger durch die gleiche Prozessbegründungshandlung mehrere Klagen gegen den gleichen Beklagten erhebt, oder dass das Gericht mehrere Klagen des gleichen Klägers gegen den gleichen Beklagten vereinigt.<sup>2</sup>

Die Klagenhäufung kann erfolgen:

- Kumulativ, indem mehrere Klagen erhoben werden und Gutheissung aller Klagen beantragt wird.

Beispiel: Ein Pfandgläubiger erhebt die Klage auf Feststellung des Pfandrechts und macht gleichzeitig die durch das Pfand gesicherte Forderung geltend. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird angenommen, dass beide Klagen beim gleichen Gericht angehoben werden können.<sup>3</sup>

- Eventuell, indem neben einer Hauptklage eine Eventualklage erhoben und ihre Gutheissung für den Fall beantragt wird, dass die Hauptklage nicht geschützt werden kann.

---

<sup>1</sup> AR Art. 50 ZPO, SG Art. 108 ZP, ZH § 58 ZPO; Guldener I, S. 260; Sträuli/Messmer, § 58 N 1.

<sup>2</sup> Dies ist in § 58 Abs. 2 der zürcherischen ZPO ausdrücklich vorgesehen.

<sup>3</sup> BGE 41 I 297, 49 I 456, 81 I 221, 92 I 203.

Beispiel: Ein Käufer einer Liegenschaft erhebt Klage auf Erfüllung des Kaufvertrages. Eventuell verlangt er, falls die Hauptklage wegen Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes abgewiesen würde, Rückgabe der bereits geleisteten Anzahlung.

### C. Voraussetzungen für die Zulässigkeit objektiver Klagenhäufung

---

Die objektive Klagenhäufung ist nach allen drei in dieser Arbeit berücksichtigten Prozessordnungen zulässig,<sup>1</sup> sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>2</sup>

#### 1. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes

---

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes muss für alle Klagen gegeben sein. Richtet sich beispielsweise die Zuständigkeit des Gerichtes nach dem Streitwert einer Klage,<sup>3</sup> so ist bei objektiver Klagenhäufung die Summe des Streitwertes der einzelnen Klagen zusammen massgebend. Die Zuständigkeit des Gerichtes muss also für die ganze Summe gegeben sein.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Unzulässig sind dagegen: die Klage auf eine bloss bedingte Leistung, wenn die Erfüllung der Bedingung nicht im gleichen Prozess festgestellt werden kann (GVP 1959 Nr.17), sowie die alternative Klagenhäufung, weil das Rechtsbegehren in diesem Fall nicht genügend substantiiert ist.

<sup>2</sup> AR Art.50 ZPO, SG Art.108 ZP, ZH § 58 ZPO.

<sup>3</sup> So etwa im Kanton St.Gallen bei der Zuständigkeit der Gerichtskommission für Zivilstreitigkeiten mit einem Streitwert bis Fr.5'000.- und die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes für Klagen mit einem Streitwert über Fr.5'000.-.

<sup>4</sup> Sträuli/Messmer, § 58 N 3; betr. der Berechnung des Streitwertes für eine Grunddienstbarkeit bestimmt § 24 der zürcherischen ZPO: "Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken wird der Wert beigelegt, den sie für den Berechtigten oder das berechnete Grundstück haben. Der Wertverlust des belasteten Grundstückes gilt als Streitwert, wenn er grösser ist."

## 2. Eignung für die gleiche Prozessart

Die Klagen müssen sich für die gleiche Prozessart eignen, d.h. die gleiche Prozessart muss für alle Klagen zulässig sein.<sup>1</sup>

Nicht für eine objektive Klagenhäufung eignen sich Klagen, die im summarischen Verfahren erledigt werden können, neben solchen, für die ein ordentliches Verfahren angestrebt werden muss; auch nicht Klagen, welche ohne Sühnverfahren rechtshängig gemacht werden können, neben solchen, welche dem Sühnverfahren unterliegen.<sup>2</sup>

## 3. Gleichartigkeit der verschiedenen Klagen

Für die Zulässigkeit einer objektiven Klagenhäufung stellt die ausserordentliche ZPO in Art. 50 noch eine weitere Bedingung. Eine Klagenhäufung ist nach dieser Gesetzesbestimmung nämlich nur zulässig, wenn die verschiedenen Ansprüche gleichgeartet sind, oder unter sich im Zusammenhang stehen.<sup>3</sup>

## D. Zweck

Die objektive Klagenhäufung dient, wie die subjektive, der Prozessökonomie und gibt den Parteien die Möglichkeit, verschiedene Prozesse in einem einzigen Verfahren zu erledigen, so dass dadurch grosser Zeitaufwand und eventuell auch hohe Kosten eingespart werden können. So ist es dem Gericht möglich, auf einfachstem und kürzestem Weg zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil zu gelangen, ohne dass befürchtet werden muss, dass in gleichartigen Klagen möglicherweise zum Teil sich widersprechende Urteile gefällt werden.

---

<sup>1</sup> Grundsätzlich kann daher beispielsweise eine familienrechtliche Klage nicht mit einer schuldrechtlichen Klage verbunden werden.

<sup>2</sup> ZR 66 Nr. 112 E.a, 61 Nr. 82.

<sup>3</sup> M.E. geht diese weitere Bedingung zu weit. Dadurch wird der Wirkungskreis der objektiven Klagenhäufung wesentlich eingeschränkt, ohne dass dafür eine einleuchtende Begründung gegeben werden könnte.

## II. DIE WIDERKLAGE<sup>1</sup>

### A. Begriff

Die Widerklage ist der Gegenangriff des Beklagten gegen den Kläger im Verfahren, welches der Kläger angehoben hat. Mit der Widerklage stellt der Beklagte selbständige Begehren gegen den Kläger. Er erhebt also seinerseits ebenfalls eine Klage gegen den Prozessgegner, den Kläger. Die Widerklage ist aber nicht ein neuer Prozess für sich, sondern sie wird zum integrierenden Bestandteil des durch die Hauptklage eingeleiteten Verfahrens. Die Widerklage ist somit ein Sonderfall der objektiven Klagenhäufung, denn sie ist eine solche "mit umgekehrten Vorzeichen", sie ist die Klage des Beklagten gegen den Kläger, mit welcher dieser nicht bloss Abweisung der Klage verlangt, sondern selbständige Verurteilung des Klägers.<sup>2</sup>

Beispiel: Die chemische Fabrik A. klagt gegen den Landwirt B. auf Bezahlung einer Forderung aus Kaufvertrag (Düngerlieferung). Der Landwirt B., der durch die Luftverschmutzung des Chemiebetriebes nachweislich zu Schaden gekommen ist, erhebt Widerklage (Eigentumsfreiheitsklage) gegen A. auf Unterlassung künftiger Einwirkungen auf seine Liegenschaft und verlangt Schadenersatz für die Beeinträchtigung in der Vergangenheit (Verseuchung des Wieslandes und Vergiftung von Vieh).

### B. Zeitpunkt für die Stellung des Widerklagebegehrens

Der Zeitpunkt, in dem eine Widerklage angehoben werden muss, ist nicht überall ausdrücklich festgelegt. Im Normalfall dürfte dies wohl schon beim Sühnverfahren geschehen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art.97 ZPO, SG Art.96 ZP, ZH § 15 ZPO.

<sup>2</sup> BGE 59 II 382.

<sup>3</sup> Art.97 Abs.2 der ausserrhodischen ZPO und auch Art.96 des st.gallischen ZP schreiben aber ausdrücklich vor, dass eine Widerklage schon am Vermittlungsvorstand erhoben werden muss; wenn ein solcher nicht stattfindet, mit der Klageantwort. Tut dies der Beklagte nicht, so kann er im gleichen Verfahren nur noch Verrechnung geltend machen.

Nach Guldener<sup>1</sup> ist nicht Voraussetzung, dass die Klage des Klägers bereits rechtshängig sein muss. Zu beachten ist aber, dass eine Widerklage nicht rechtshängig wird, wenn sie im Sühnverfahren gestellt wurde, die Weisung mit der Hauptklage aber nicht an das Gericht weitergeleitet wird.<sup>2</sup>

### C. Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Widerklage

#### 1. Erhebung einer Hauptklage

Der Beklagte kann eine Widerklage erst erheben, nachdem der Kläger ein Verfahren gegen ihn angehoben hat. Es ist aber nicht erforderlich, dass die Hauptklage bereits rechtshängig ist. Eine Widerklage kann schon vor dem Friedensrichter erhoben werden; sie fällt aber dahin, wenn der Kläger im Hauptverfahren die Weisung nicht einreicht.

#### 2. Identität der Parteien

Aus dem Begriff der Widerklage folgt, dass diese vom Beklagten der Hauptklage gegen den Kläger erhoben werden muss. Bei der Hauptintervention<sup>4</sup> werden die Parteien des Hauptprozesses Streitgenossen und können, da sie Beklagte sind, Widerklage gegen den Hauptintervenienten erheben. Bei einfacher Streitgenossenschaft kann jede einzelne Streitgenosse Widerklage erheben.

---

<sup>1</sup> Guldener I, S. 262.

<sup>2</sup> Sträuli/Messmer, § 60 N 5: Die Erhebung der Widerklage im Sühnverfahren hat nur den Charakter einer vorläufigen Anmeldung. Für SG vgl. Lutz, Art. 213 N 2 a.E.; BGE 87 I 130: "Nach st. gallischem Prozessrecht (Art. 205 Ziff. 3 ZPO) kann die Widerklage schon vor dem Vermittler angehoben werden. Da die Rechtshängigkeit von Klage und Widerklage aber erst mit der Einschreibung des Rechtsstreites beim Richter eintritt (...), kann nach kantonalem Recht die Widerklage schon vor Eintritt der Rechtshängigkeit angehoben, eingeleitet werden. (Art. 96 Abs. 4 ZPO)".

<sup>3</sup> Ist die Widerklage einmal rechtshängig, so fällt sie durch den Rückzug oder die Anerkennung der Hauptklage nicht dahin (ZR 50 Nr. 159, SJZ 37, S. 222 Nr. 45). Sie fällt aber dahin, wenn wegen mangelnder Prozessvoraussetzung auf die Hauptklage nicht eingetreten werden kann. Sie kann aber auch durch Gutheissung der Hauptklage gegenstandslos werden (BGE 83 II 169).

<sup>4</sup> SG Art. 109 ZP, ZH § 43 ZPO; vgl. unten, S. 134 f.

### 3. Konnexität oder Gleichartigkeit der Klagen

#### a) Interkantonal

Konnexität oder Gleichartigkeit der beiden Klagen ist gefordert im interkantonalen Verhältnis, da auch die Widerklage Art. 59 BV unterliegt.<sup>1</sup> Der Beklagte kann also nur ein Rechtsbegehren stellen, das im Entstehungsgrund mit dem Klagebegehren in Zusammenhang steht.<sup>2</sup>

#### b) Kantonal

Innerhalb des gleichen Kantons wird keine Konnexität oder Gleichartigkeit verlangt, so dass z.B. der in einem Forderungsprozess Beklagte widerklageweise eine dingliche Rückforderungsklage (Vindikation) geltend machen kann.<sup>3</sup>

### D. Inhalt der Widerklage

Die Widerklage muss, da sie ja einen Anspruch des Beklagten gegen den Kläger darstellt, ein selbständiges Rechtsbegehren, ein neues Rechtsgesuch beinhalten.<sup>4</sup>

### E. Das Verfahren

Für die Widerklage gibt es kein spezielles Verfahren. Trotzdem gilt zu beachten, dass nötigenfalls, wenn durch die Erhebung der Widerklage das

---

<sup>1</sup> BGE 21 I 107.

<sup>2</sup> Burckhardt, Komm. S. 558 ff.; BGE 28 I 24, 58 I 169. In Bestätigung der Rechtsprechung hat das Bg in BGE 87 I 130 bestimmt, dass die Widerklage zulässig ist, wenn die Hauptklage angehoben, rechtshängig gemacht worden und noch rechtshängig ist.

<sup>3</sup> Die Widerklage ist allerdings dann unzulässig, wenn für das mit ihr geltend gemachte Rechtsbegehren ein besonderer Gerichtsstand ausschliesslich vorgesehen ist; SG Art. 88 u. 89 ZP.

<sup>4</sup> ZR 10 Nr. 174: unzulässig.

Streitverhältnis in der Hauptverhandlung nicht erschöpfend dargestellt worden ist, die Widerklage abgetrennt werden kann. Eine Trennung ist auch in jenen Fällen vorgesehen, in denen der Hauptprozess einfach gelagert ist, der Widerklage aber ein komplizierter Tatbestand zugrunde liegt.<sup>1</sup> Während früher eine Klagetrennung nicht vorgesehen war, gibt heute Art.60 Abs.3 der zürcherischen ZPO dem Gericht die Möglichkeit, die Widerklage abzutrennen, wenn dadurch das Verfahren gefördert wird.<sup>2</sup>

Wird eine Trennung vorgenommen, so hat das Gericht dafür zu sorgen, dass der Widerkläger durch die Trennung von Klage und Widerklage nicht schlechter gestellt wird. So muss ihm z.B. das Recht gewahrt bleiben, seine bestrittene Gegenforderung zu verrechnen. Dies ist gewährleistet, wenn bei Gutheissung der Forderung aus dem Hauptprozess das Urteil für den Betrag der Widerklage als nicht vollstreckbar erklärt wird bis zur rechtskräftigen Erledigung der Widerklage.<sup>3</sup>

Ist für die Zuständigkeit des Gerichtes die Höhe des Streitwertes massgebend, so gilt nach zürcherischer ZPO bei Klage und Widerklage dasselbe wie bei normaler Klagenhäufung: Der Streitwert errechnet sich aus den Streitwerten von Klage und Widerklage. Im Gegensatz dazu werden nach ausserrhodischer und st.gallischer Vorschrift die Werte der Klage und Widerklage nicht zusammengerechnet.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ZH § 61 Abs.3 ZPO. Im st.gallischen ZP ist bei schwierigen Fällen eine Vorbereitungsverhandlung vorgesehen, Art.289 ZP; ZR 68 Nr.122 E.3.

<sup>2</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, § 61 N 18.

<sup>3</sup> BGE 85 II 110 E.3, 76 II 44; ZR 8 Nr.188.

<sup>4</sup> Vgl. oben, S.104.

## § 9 DIE INTERVENTION IM PROZESS

=====

### I. HAUPTINTERVENTION<sup>1</sup>

#### A. Begriff

Die Hauptintervention ist die Klage eines Dritten, mit welcher dieser gegen die Parteien des Hauptverfahrens auftritt, weil er glaubt, ihm stehe am Streitgegenstand gegenüber den Hauptparteien ein besseres Recht zu.

#### B. Voraussetzungen

##### 1. Rechtshängigkeit

Notwendig für die Stellung einer Hauptintervention ist die Rechtshängigkeit einer Klage zwischen andern Parteien. Der Streit darf folglich noch nicht erledigt sein.<sup>2</sup>

##### 2. Intervention eines unbeteiligten Dritten

Der Hauptintervenient, vorerst als Aussenstehender, muss die Sache oder das Recht, welches Gegenstand des Hauptprozesses ist, für sich beanspruchen. Er ist selbständiger Kläger und somit Hauptpartei im neuen Prozess.<sup>3</sup>

Durch die Hauptintervention entsteht ein neuer selbständiger Prozess. Die Parteien des Hauptprozesses bilden eine notwendige passive Streitgenossen-

---

<sup>1</sup> SG Art.109 ZP, ZH § 43 ZPO.

<sup>2</sup> BGE 96 II 85. Die Hauptintervention muss erfolgen, solange der Prozess noch vor erster Instanz anhängig ist. Sie ist in zweiter Instanz oder im Berufungsverfahren vor Bg unzulässig (BGE 36 II 148, 66 II 144).

<sup>3</sup> ZR 10 Nr.199: Die Klage richtet sich gegen beide Parteien, und zwar geht sie am häufigsten gegen den Beklagten auf Leistung und gegen den Kläger auf Feststellung.

schaft, weil ihnen gegenüber das Recht des Dritten nur einheitlich festgestellt werden kann. Aus prozessökonomischen Ueberlegungen und um widersprechende Urteile zu vermeiden, wird es geboten sein, den Hauptprozess zu sistieren, wenn die Entscheidung der Interventionsklage präjudiziell und ein Erfolg des Intervenienten nicht unwahrscheinlich ist. Das Gericht kann aber auch nach freiem Ermessen beide Prozesse vereinigen.

Beispiel: A. verlangt von B. die Rückübertragung des Eigentums am Grundstück X mit der Begründung, der Kaufvertrag sei wegen Willensmängel nicht zustande gekommen. B. bestreitet die Klage. C., als Zeuge aufgerufen, möchte selber in den Prozess eingreifen und erklärt, das Grundstück sei Vertragsobjekt eines zwischen ihm und A. zustandegekommenen Vertrages gewesen. A. habe aber den Kaufpreis nicht erbracht, so dass er, C., vom Vertrag zurückgetreten sei und nun Rückübertragung des Grundeigentums verlange.

### C. Zuständigkeit

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist das Gericht des Erstprozesses auch für die Hauptinterventionsklage zuständig<sup>1</sup>, nach Guldener selbst dann, wenn dessen Zuständigkeit sonst nicht gegeben wäre. Der Hauptintervenient kann also eine selbständige Klage gegen beide Parteien des Hauptprozesses am Gerichtsstand des Erstprozesses anheben. Dies lässt sich vor allem mit dem Zweck der Hauptintervention erklären. (Vgl. nachstehend D.)

### D. Zweck

Im Interventionsprozess klagt ein Dritter gegen beide Parteien eines hängigen Rechtsstreites, indem er dessen Gegenstand ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt. In einem Entscheid des Zürcher Obergerichtes<sup>2</sup> wird der Sinn der Hauptintervention folgendermassen festgestellt: "Der Zweck des Institutes der Hauptintervention ist ein prozessökonomischer; er liegt in der

---

<sup>1</sup> Guldener I, S.287; ZR 56 Nr.105; ZH § 43 Abs.1 ZPO: Dies wird in Zürich ausdrücklich so statuiert.

<sup>2</sup> ZR 56 Nr.105.

Erleichterung der Prozessführung in einem Verfahren und einem Gerichtsstand gegen die beiden Parteien des Hauptprozesses, statt zweier Prozesse, die u.U. vor verschiedenen Gerichten durchgeführt werden müssten. Das Institut (...) dient der Verminderung der Prozesse und der Vermeidung widersprechender Entscheidungen (...)" . Zum Zwecke der prozessökonomischen Koordination der Verfahren gestattet § 43 der zürcherischen ZPO die Umgehung des Friedensrichters, indem das Recht mit einer Klageschrift direkt beim Gericht geltend zu machen ist, vor welchem der Prozess erstinstanzlich rechtshängig ist.

## II. DIE NEBENINTERVENTION

### A. Begriff<sup>1</sup>

Bei der Nebenintervention handelt es sich um die Teilnahme eines Dritten am Prozess der Hauptparteien, zur Unterstützung der einen Partei, an deren Obsiegen der Dritte interessiert ist.

Der Nebenintervenient ist nicht Partei und auch nicht Streitgenosse. Er ist lediglich Gehilfe einer Partei.

### B. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Nebenintervention

#### 1. Das rechtliche Interesse

Der Nebenintervenient muss, wenn er dem Prozess beitreten will, ein rechtliches Interesse am Ausgang des Streites haben, ein Interesse, das auf einer rechtlichen Beziehung des Dritten zu einer Partei beruht. Er muss durch die Verurteilung der unterstützten Partei in seinen Rechtsverhältnissen günstig oder ungünstig beeinflusst werden.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art. 51 ff. ZPO, SG Art. 110 ZP, ZH § 44 ff. ZPO.

<sup>2</sup> Ein bloss tatsächliches oder wirtschaftliches Interesse genügt nicht, z.B. Freundschaft, Nachbar einer Partei, etc.; BGE 65 II 244; ebenso Sträuli/Messmer, § 44 N 1 u. 2; ZBJV 72, S. 592; vgl. Sträuli/Hauser, S. 97 und dort erwähnte Literatur.

Ein rechtliches Interesse wird etwa vermutet bei drohender Gewährleistungso-  
der Regresspflicht.<sup>1</sup>

Beispiel: A. verkauft an B. 1000 m<sup>2</sup> Land. B. verkauft das gleiche Grundstück an C. Eine von C. veranlasste Vermessung der Liegenschaft ergibt aber ein Mindermass von 30 m<sup>2</sup>. C. verlangt nun von B. Ersatz. A., der gegenüber B. die Gewährleistung ausdrücklich übernommen hat, wird nun als Nebenintervenient des B. dem Prozess beitreten, da er befürchten muss, von diesem belangt zu werden.

## 2. Die Rechtshängigkeit einer Klage

Damit eine Nebenintervention möglich ist, muss bereits eine Klage zwischen zwei Parteien hängig sein.<sup>2</sup> Die frühere zürcherische Praxis hat daraus den Schluss gezogen, dass eine Nebenintervention im summarischen Verfahren nicht zulässig sei.<sup>3</sup> Nachdem nun das summarische Verfahren hinsichtlich der Rechtskraft dem ordentlichen Verfahren gleichgestellt wurde, muss nun auch die Nebenintervention wie auch die Streitverkündung im summarischen Verfahren zulässig sein.

Beispiel: Der Grundeigentümer A. klagt gegen den Pächter der Nachbarliegenschaft des B. auf Unterlassung künftiger Eigentumsstörungen und Schadenersatz für die Beeinträchtigung aus dem Betrieb der Schweinemästerei. Der Grundeigentümer B. hat ein rechtliches Interesse am Ausgang eines diesbezüglichen Verfahrens und muss, sofern A. gegen den Pächter des B. vorgeht, als Nebenintervenient zugelassen werden. Umgekehrt, wenn A. den Eigentümer des störenden Grundstückes einklagt, muss dem Pächter ein rechtliches Interesse am Ausgang des Verfahrens zuerkannt werden, und er muss als Nebenintervenient zugelassen werden, da er eventuell B. gegenüber schadenersatzpflichtig werden könnte aus Verschulden.

---

<sup>1</sup> Z.B. Art. 171, 172, 193, 205, 219, 498 u. 499 OR.

<sup>2</sup> Sträuli/Messmer, § 44 N 3.

<sup>3</sup> ZR 12 Nr. 165, 27 Nr. 67, 34 Nr. 104, 41 Nr. 48.

### C. Die Form der Nebenintervention

#### 1. Beitritt durch eine einfache Erklärung

Wenn ein Dritter als Nebenintervenient dem Prozess beitreten will, so hat er dies mit einer einfachen Erklärung gegenüber dem Gericht, an welchem die Klage hängig ist, zu tun.<sup>1</sup> Die Erklärung ist widerruflich, und der Intervenient kann nachher zugunsten der andern Partei intervenieren oder auch als Hauptintervenient auftreten.<sup>2</sup> Es liegt beim Gericht, die Zulässigkeit der Nebenintervention zu überprüfen, insbesondere, ob der Intervenient die allgemeinen Erfordernisse für eine Teilnahme am Prozess erfüllt.<sup>3</sup> Weiter sind die Parteien berechtigt, gegen eine Nebenintervention Einsprache zu erheben. Wird der Dritte dann als Nebenintervenient abgewiesen, so hat er die Möglichkeit, gegen den Beschluss zu rekurrieren.<sup>4</sup>

#### 2. Zeitpunkt der Intervention

Der Nebenintervenient kann, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in jedem Stadium des Prozesses seine Beitrittserklärung abgeben. Das st.gallische ZP erlaubt die Intervention auch in jeder Instanz, also schon im Sühnverfahren, nicht aber erst vor Bundesgericht.<sup>5</sup>

#### 3. Die Rechtsstellung des Intervenienten

Grundsätzlich kommt dem Intervenienten im Streit keine selbständige Stellung

---

<sup>1</sup> In dieser Erklärung, zuhanden der Parteien, braucht er das rechtliche Interesse lediglich zu "bescheinigen" (wahrscheinlich zu machen).

<sup>2</sup> Zur Hauptintervention vgl. oben, S.134 f.

<sup>3</sup> Z.B. dessen Partei- und Prozessfähigkeit.

<sup>4</sup> ZH § 273 ZPO gestattet dies ausdrücklich; vgl. auch ZR 38 Nr.16, 53 Nr.38 E.2. Ein negativer Beschluss könnte aber einfacher umgangen werden, indem die Hauptpartei dem abgewiesenen Nebenintervenienten den Streit verkündet; vgl. Walder, S.83.

<sup>5</sup> SG Art.205 Ziff.3 ZP; B-OG Art.53 Abs.2; BZPO Art.15. Vgl. Lutz, Art.110 N 4 ZP.

zu. Er kann deshalb dem Prozess nur solange beitreten, als auch die Hauptpartei zur Prozessführung berechtigt ist. Eine Nebenintervention ist deshalb z.B. bei Baubewilligungsverfahren nicht zulässig, wenn ein Nicht-legitimierter Beschwerde eingereicht hat.<sup>1</sup>

#### a) Pflicht des Nebenintervenienten

Der Nebenintervenient hat den Prozess so aufzunehmen, wie er diesen vorfindet.<sup>2</sup> Er kann deshalb nicht erwarten, dass wegen seines Eintritts in den Prozess ein Teil des bisherigen Verfahrens wiederholt werde, wie er auch an das für die Parteien geltende Verfahren gebunden ist.

Der Nebenintervenient ist aber nicht verpflichtet, an seiner einmal abgegebenen Erklärung festzuhalten, an der Seite einer Partei im Prozess teilzunehmen; er kann sich jederzeit wieder zurückziehen, oder sogar eine andere Stellung im Prozess einnehmen, indem er zur Gegenpartei "überläuft".<sup>3</sup>

#### b) Die Wirkung des Urteils auf den Nebenintervenienten

Da der Nebenintervenient nicht Partei wird, erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils nicht auch auf ihn, sondern die Wirkung bleibt auf die ursprünglichen Parteien beschränkt, ausgenommen, wenn der Nebenintervenient den Prozess als Partei anstelle der ursprünglichen Hauptpartei fortgesetzt hat.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ZR 64 Nr.186.

<sup>2</sup> AR Art.52 ZPO, SG Art.110 ZP, ZH § 45 Abs.1 ZPO; Sträuli/Messmer, § 45 N 2.

<sup>3</sup> Ein solches Verhalten zieht keine Folgen nach sich für den Ueberläufer, da für die Hauptpartei kein Schaden entstehen kann. Prozesshandlungen des Nebenintervenienten zeigen ja nur eine beschränkte Wirkung: Ausführungen des Intervenienten, die von der Hauptpartei bestritten werden oder die mit ihren Ausführungen in Widerspruch stehen, sind für das Gericht unbeachtlich, ebenso wie die Ausführungen zur eigenen Interessenwahrung des Intervenienten (ZR 43 Nr.227, S.341, 56 Nr.106). Dies erklärt sich aus dem Wesen der Nebenintervention, indem für den Richter nur solche Ausführungen des Nebenintervenienten verbindlich sind, die der Hauptpartei in der Prozessführung behilflich sind.

<sup>4</sup> SG Art.110 Abs.5 ZP, AR Art.53 ZPO. Die Weiterführung des Prozesses durch den Nebenintervenienten ist aber nur mit dem Einverständnis der Hauptparteien möglich. Vgl. unten betr. Parteiwechsel, S.168 ff.

Welche Wirkungen der Anschluss des Nebenintervenienten im spätern Prozess zwischen ihm und der Partei, der er sich angeschlossen hat, haben wird, entscheidet sich nach dem materiellen Recht.<sup>1</sup>

#### D. Bedeutung des Rechtsinstitutes der Intervention

Während die Nebenintervention im Prozess gelegentlich noch aktuell werden kann,<sup>2</sup> ist die praktische Bedeutung der Hauptintervention gering. Da diese äusserst selten zur Anwendung kommt, dürfte dieses Institut in Kantonen, welche dasselbe nicht kennen, wie etwa Appenzell Ausserrhoden, kaum je vermisst werden. Diese Institute, insbesondere die Hauptintervention, sind denn wohl eher theoretischer als praktischer Natur.

---

<sup>1</sup> Guldener: ZSR 68, S.235 ff. Für die Wirkungen des Urteils gegenüber dem Litisdenunziaten gilt nach Guldener I, S.280 bzw. 284 folgendes: "Allgemein kann gesagt werden: Ist der Litisdenunziat auf Grund seines Rechtsverhältnisses zum Streitverkünder nach Treu und Glauben gehalten, den Streitverkünder im Prozess zu unterstützen, so wirkt das ungünstige Urteil auch gegenüber dem Litisdenunziaten, sofern die Streitverkündung rechtzeitig erfolgt ist und der ungünstige Prozessausgang nicht durch den Streitverkünder verschuldet wurde; andernfalls ist das Urteil für den Litisdenunziaten ohne Bedeutung." Wenn der Litisdenunziat (Streitberufene) dem Prozess als Nebenpartei beitrifft, erwachsen ihm die gleichen prozessualen Befugnisse wie einem Nebenintervenienten; aus diesem Grunde muss das vorgehend Gesagte auch für den Nebenintervenienten Gültigkeit haben.

<sup>2</sup> So etwa bei Streitigkeiten aus Werkverträgen zwischen Bauherr einerseits und dessen Unterakkordanten andererseits.

## § 10 DIE STREITVERKUENDUNG

=====

### I. BEGRIFF<sup>1</sup>

Die Streitverkündung ist die von einer Partei ausgehende gerichtliche Benachrichtigung eines Dritten vom Prozess. Je nach Ausgang des Prozesses glaubt sich der Streitverkünder gegenüber dem Dritten regressberechtigt oder regressbedroht.

Mit der Streitverkündung will die Partei dem Dritten die Möglichkeit geben, sich noch rechtzeitig am Prozess zu beteiligen. Damit will sie sich für einen allfälligen Regressprozess gegen die Einrede nachlässiger Prozessführung absichern oder eventuell die Möglichkeit schaffen, den Regressprozess im gleichen Verfahren auch noch entscheiden zu lassen.<sup>2</sup>

Beispiel: A., der Eigentümer eines Grundstückes, räumt B. darauf ein Baurecht ein. Auf diesem Grundstück entspringen aber Quellen, an denen C. ein Quellenrecht besitzt und die seine Liegenschaft mit Wasser versorgen. Mit zunehmender Bautätigkeit versiegen die Quellen. C. klagt nun gegen B. auf Unterlassung der Störung und Schadenersatz. Dieser wird nun unverzüglich A. den Streit verkünden, damit dieser als Eigentümer ihn gegenüber C. unterstütze.

### II. VORAUSSETZUNGEN FUER EINE STREITVERKUENDUNG

#### A. Das rechtliche Interesse

Das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses muss bejaht werden, wenn der Streitverkünder glaubt, zum Regress gegen einen Dritten berechtigt,<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art. 54 ff. ZPO, SG Art. 111 ff. ZP, ZH § 46 ff. ZPO. Näheres bei Guldener I, S. 280 ff.; Sträuli/Messmer, § 46 N 1 ff.

<sup>2</sup> Vgl. AR Art. 55 ZPO, der diese Möglichkeit ausdrücklich erwähnt, sofern dadurch keine erhebliche Erweiterung im Hauptprozess entsteht.

<sup>3</sup> Z.B. Art. 192, 193, 258, 280 u. 365 OR.

oder gegenüber einem Dritten regresspflichtig zu sein.<sup>1</sup>

Ob die Partei an der Streitverkündung ein Interesse hat, braucht nicht geprüft zu werden.<sup>2</sup>

Die Erklärung dürfte darin zu suchen sein, dass eine Streitverkündung auf das Prozessverfahren keinen Einfluss hat und insbesondere nur Folgen zwischen Streitverkünder und Streitberufenem zeitigt. Der Prozessgegner und das Gericht werden von einer Streitverkündung nicht betroffen und es dürfte sich deshalb auch kein Interesse nachweisen lassen, welches das Gericht oder den Prozessgegner zu einer Stellungnahme berechtigen könnte.<sup>3</sup>

## B. Das Bestehen eines Prozesses

Wie bei der Nebenintervention,<sup>4</sup> so geht auch aus dem Begriff der Streitverkündung hervor, dass erst das Vorhandensein eines Prozesses eine Streitverkündung ermöglicht.

Wollte ein Beklagter, der die Klage bereits anerkannt hat, noch den Streit verkünden, so wäre dies verspätet und deshalb wirkungslos.<sup>5</sup>

Die zürcherische ZPO spricht in § 46 vom "Prozess". Daraus darf geschlossen werden, dass die Streitverkündung sowohl im ordentlichen, als auch im summarischen Verfahren zulässig ist.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Z.B. der Verkäufer einer Sache führt selbst den Prozess gegen den Ansprecher eines Rechts an der verkauften Sache.

<sup>2</sup> ZH § 46 Abs.2 ZPO; Sträuli/Messmer leitet aus dem Wortlaut ab, dass weder die Gegenpartei noch das Gericht zur Prüfung befugt sei.

<sup>3</sup> Nach Lutz, Art.111 N 5, muss allerdings von Amtes wegen überprüft werden, ob eine Streitverkündung missbräuchlich ist, - etwa um die Einvernahme eines Zeugen auszuschliessen. Vgl. auch Vogel, S.23.

<sup>4</sup> Vgl. oben, S.136 ff.

<sup>5</sup> ZR 2 Nr.113.

<sup>6</sup> Vgl. Sträuli/Hauser, § 43 N 1 lit.b ZPO; ebenso Sträuli/Messmer, § 46 N 3. Dies geht auch aus Art.374/75 des st.gallischen ZP hervor; Lutz, Art.110 N 2 c.

### III. FORM

#### A. Schriftliche Prozesseingabe an das Gericht

Während Sträuli/Hauser<sup>1</sup> auch die direkte Aufforderung an den Dritten als zulässig erachtet, vertritt Lutz<sup>2</sup> unter Hinweis auf Art. 275 Ziff. 3 und Art. 277 Ziff. 1 ZP die gegenteilige Ansicht, nämlich, dass eine direkte aussergerichtliche Mitteilung an den Litisdenunziaten unwirksam sei. Eine direkte Streitverkündung würde nach dessen Ansicht gegen die Rechtssicherheit verstossen und dieses Institut entwerten.

Dieser Ansicht ist zu folgen, denn m.E. dürfte es der Rechtssicherheit dienlicher sein, wenn Vorladungen, prozessleitende Verfügungen und Beschlüsse den Streitbeteiligten durch das Gericht direkt zugestellt werden.<sup>3</sup>

Alle drei kantonalen Zivilprozessordnungen, auf die wir uns hier beziehen, verpflichten aber den Streitverkünder, den Streitberufenen über die Lage des Prozesses zu orientieren. Die Hauptpartei hat deshalb den Litisdenunziaten über den Stand des Verfahrens sorgfältig und vollständig zu informieren. Tut sie es nicht, so muss sie damit rechnen, dass der Streitberufene in der gegen ihn erhobenen Rückgriffsklage den Beweis erbringen könnte, dass er, wenn er umfassend orientiert worden wäre, andere Verteidigungsmittel geltend gemacht und dadurch einen günstigeren Prozessausgang erwirkt hätte.

In ähnlicher Weise argumentiert Sträuli/Messmer,<sup>4</sup> das Gericht sei verpflichtet, den Litisdenunziaten von der erfolgten Streitverkündung zu benachrichtigen. Wenn dies unterlassen werde, so könne dies einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkommen. Dies kann mit einer Aufsichtsbeschwerde, eventuell mit einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV gerügt werden.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> § 43 N 1 b.

<sup>2</sup> Art. 111 N 2 ZP.

<sup>3</sup> Im Kt. ZH hat das Gericht einen prozessleitenden Beschluss zu fassen, in AR und SG wird der Gerufene durch das Gericht, ohne formellen Beschluss, von der Streitverkündung in Kenntnis gesetzt.

<sup>4</sup> §§ 45 N 3 u. 47 N 1.

<sup>5</sup> Lutz, Art. 166 N 4; Walder II, S. 440.

## B. Zeitpunkt für die Streitverkündung

Eine Partei kann jederzeit, bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache, eine Streitverkündung vornehmen. Dies kann auch schon im Sühnverfahren sein,<sup>1</sup> nicht aber erst während der Haupt- oder Appellationsverhandlung, da ein solches Vorgehen ordnungswidrig wäre und den Prozess aufhalten würde.<sup>2</sup> Ein solches Verhalten könnte dem Streitverkünder zudem den Vorwurf der Trölerei eintragen, da er wohl schon vorher um weitere Streitbeteiligte hätte wissen müssen.<sup>3</sup>

## IV. DIE RECHTSWIRKUNG DER STREITVERKUENDUNG

### A. Formelle Wirkung

Der Litisdenunziat (Streitberufene) ist grundsätzlich nicht verpflichtet als Nebenintervenient am Prozess des Streitverkünders teilzunehmen, denn die Beteiligung am Verfahren steht ihm völlig frei. Da die Streitverkündung nur eine gerichtliche Rechtswahrung und Benachrichtigung ist, bringt sie dem Streitberufenen auch keinen Nachteil, wenn er einen Beitritt unterlässt.<sup>4</sup> Er hätte ja doch nur die Stellung eines unselbständigen Streitgehilfen und würde nicht selbständige Prozesspartei.<sup>5</sup>

Ist der Litisdenunziat von beiden Parteien zum Prozess berufen worden, so hat er die Wahl, die eine oder andere Partei zu unterstützen. Er ist auch berechtigt, die Gegenpartei des Streitverkünders zu unterstützen.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> SG Art. 205 Ziff. 3 ZP; anderer Ansicht Sträuli/Messmer, der die Streitverkündung im Sühnverfahren als verfrüht bezeichnet (vgl. § 46 N 3).

<sup>2</sup> Vogel, S. 46.

<sup>3</sup> Dies wäre z.B. ein Grund für eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung.

<sup>4</sup> Wegen der Freiwilligkeit der Beteiligung kann ein Gericht ohne Verletzung von Art. 59 BV auch interkantonal Gerufene vorladen.

<sup>5</sup> Vgl. Nebenintervention, oben S. 136 ff.; ZR 16 Nr. 73 E. 1.

<sup>6</sup> ZR 16 Nr. 73; BGE 80 II 17; Guldener I, S. 285; Lutz, Art. 112 N 1; Sträuli/Messmer, § 47 N 1. Die Praxis des Bg leitet aus Art. 193 OR und allgemein aus Treu und Glauben eine bundesrechtliche Pflicht zur Streitverkündung und Neben-

## B. Die materielle Wirkung

Die Prozessparteien bleiben auch nach der Streitverkündung die Hauptparteien und das Urteil schafft nur Recht zwischen ihnen. Der Litisdenunziat kann deshalb nicht in der Hauptsache verurteilt oder in die Kosten verfällt werden.<sup>1</sup> Hätte das Urteil auch für den Streitberufenen Geltung, so bedeutete dies eine Verletzung von Art. 59 BV, falls dieser nicht am Gerichtsort wohnt.<sup>2</sup> Die heutige Lehre und Rechtsprechung gehen aber darin einig, dass sich die materiellen Wirkungen der Streitverkündung nach materiellem Recht bestimmen.<sup>3</sup>

So stellt beispielsweise Art. 193 OR Regeln auf für den Fall, dass ein Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet ist.<sup>4</sup> Abs. 1 dieses Artikels verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer im Prozess beizustehen oder diesen zu vertreten. Weiter geht aus dieser Bestimmung hervor, dass ein ungünstiges Urteil auch gegen den Verkäufer wirkt, sofern der Käufer den Streit rechtzeitig verkündet hat und das ungünstige Ergebnis nicht durch böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit des Käufers verschuldet worden ist, was der Verkäufer zu beweisen hätte. Ist die Streitverkündung ohne Veranlassung des Verkäufers unterblieben, so wird dieser von der Verpflichtung zur Gewährleistung insoweit befreit, als er zu beweisen vermag, dass bei rechtzeitig erfolgter Streitverkündung ein günstigeres Ergebnis des Prozesses zu erlangen gewesen wäre. Diese Gesetzesbestimmung hat auch für den Tauschvertrag Geltung und findet zudem Anwendung auf einen Werkvertrag,

---

intervention ab, da eine Unterlassung materiellrechtliche Folgen hätte.

<sup>1</sup> Kass. Ger. 1919 Nr. 47, BGE 90 II 412: Die Nichtbefolgung der Streitverkündung bewirkt nur, dass der Streitberufene in einem späteren Prozess dem Streitverkünder nicht mehr entgegenhalten kann, das Urteil im Vorprozess sei unrichtig.

<sup>2</sup> ZR 22 Nr. 56.

<sup>3</sup> Guldener I, S. 283; BGE 90 II 407.

<sup>4</sup> Vgl. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 329. Während früher, nach Feststellung in BGE 90 II 408, Lehre und Rechtsprechung Bedenken hatten, Art. 193 OR auch ausserhalb des Kaufrechtes gelten zu lassen, brach in neuerer Zeit die Meinung durch, dass die Wirkung der Streitverkündung in Anlehnung an die Regelung des Art. 193 OR allgemein dem Privatrecht zuzuordnen sei.

wenn der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat.<sup>1</sup> Ebenso verpflichtet Art. 258 OR den Vermieter, im Falle eines Rechtsstreites um die Mietsache, den Rechtsstreit zu übernehmen, sofern ihm der Mieter dies mitteilt.<sup>2</sup>

Die heutige Lehre vertritt nun grundsätzlich die Meinung, dass nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ein gegen den Streitverkünder ergangenes ungünstiges Urteil dann auch gegen den Streitberufenen wirke, wenn dieser aufgrund seines Rechtsverhältnisses zum Streitverkünder oder nach Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet gewesen sei, die Hauptpartei im Prozess zu unterstützen.<sup>3</sup>

#### V. WEITERVERKUENDUNG

Der Streitberufene hat das Recht, seinerseits weiteren Dritten den Streit zu verkünden. Auch diese haben dann das Recht eines Litisdenunzianten und können ihrerseits den Streit verkünden, unabhängig davon, ob sie sich am Prozess beteiligen oder nicht.<sup>4</sup>

#### VI. AUSTRITT DER HAUPTPARTEI AUS DEM VERFAHREN

##### A. Abstandserklärung

Ist die Streitverkündung erfolgt, so bestehen für den Streitverkünder nach den Prozessordnungen von Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen und Zürich zwei Möglichkeiten: Er kann den Prozess selber weiterführen und sich vom Streitberufenen unterstützen lassen; er kann aber auch die Fortsetzung des Prozesses ganz dem Streitberufenen auf dessen Kosten überlassen. In diesem

---

<sup>1</sup> Art. 237 u. 365 OR.

<sup>2</sup> Vgl. Guldener I, S. 283/84, Art. 258 OR. Was für das Mietverhältnis gilt, findet auch auf den Pachtvertrag Anwendung (Art. 280 OR).

<sup>3</sup> Vgl. oben, S. 144 f. Anm. 6.

<sup>4</sup> Auch der Streitverkünder, der die Weiterführung des Prozesses dem Streitberufenen überlassen hat, kann weiterverkünden.

Fall hat der dem Streitberufenen Mitteilung zu machen und ihm eine Frist anzusetzen, innerhalb dieser zu erklären hat, ob er den Rechtsstreit fortsetzen will. In St.Gallen hat diese Aufforderung durch den Richter zu geschehen; in Zürich kann die Mitteilung auch direkt an den Streitbeteiligten erfolgen.<sup>1</sup> Tritt der Streitberufene aber nicht in den Prozess ein, so ergeht gegen den Streitverkünder ein Säumnisurteil, wenn er das Verfahren nicht selber weiterführt.

## B. Prozessübernahme<sup>2</sup>

Wenn ein Streitbeteiligter den Prozess anstelle der Hauptpartei weiterführt, so ist er zwar in der Prozessführung selbständig, Prozesspartei bleibt aber die ursprüngliche Hauptpartei. Diese kann deshalb jederzeit wieder in den Prozess zurückkehren. Das Urteil wird ebenfalls auf deren Namen ausgefällt und die Rechtskraft erstreckt sich nur auf diese.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SG Art. 114 ZP; Lutz, Art. 114 N 1; ZH § 48 ZPO; Sträuli/Messmer, § 48 N 1. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss die st.gallische Lösung bevorzugt werden.

<sup>2</sup> Zu unterscheiden von der Parteiübernahme, vgl. unten. S. 148 ff.

<sup>3</sup> ZR 63 Nr. 143.

§ 11 VERAENDERUNG DER PARTEIEN WAEHREND DES PROZESSES<sup>1</sup>

=====

I. UEBERGANG DES STREITGEGENSTANDES

A. Vorbemerkung

Es bereitet Schwierigkeiten, einen einheitlichen Begriff zu finden, der alle diejenigen Fälle umfasst, in denen trotz Verlust des Streitobjektes durch eine Partei, diese den Prozess kraft gesetzlicher Anordnung weiterführen kann. Dies lässt sich auch daraus erkennen, dass die verschiedenen Gesetze diesen Vorgang in unterschiedlicher Weise umschreiben.

In den schweizerischen Prozessordnungen ist am häufigsten der Ausdruck "Veräusserung" anzutreffen.<sup>2</sup> Das st.gallische ZP gebraucht in Art.116 die Wendung "Uebergang des Streitgegenstandes auf eine andere Person". Nach Kupfer kann es sich aber bei allen den von den verschiedenen Zivilprozessordnungen verwendeten Umschreibungen des Tatbestandes nur um ganz grobe Hinweise handeln, die jeder näheren Präzisierung mit Recht geflissentlich aus dem Wege gehen.

B. Begriff

Wenn man von "Uebergang des Streitgegenstandes" spricht, so meint man damit, dass auf seiten einer Partei die streitige Sache oder das umstrittene Recht veräussert bzw. an einen Dritten übergeht. Das geltend gemachte Recht wird nach Eintritt der Rechtshängigkeit auf einen Dritten übertragen.<sup>3</sup>

Nach Guldener<sup>4</sup> liegt eine Veräusserung des Streitobjektes vor, wenn der Kläger bzw. der Beklagte das geltend gemachte Recht bzw. die Verpflichtung

---

<sup>1</sup> Näheres bei H. Kupfer, Die Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses im schweiz. Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1945.

<sup>2</sup> Z.B. ZH § 49 ZPO.

<sup>3</sup> Vgl. Bischofberger, S.80.

<sup>4</sup> Guldener I, S.330.

nach Eintritt der Rechtshängigkeit rechtsgeschäftlich auf einen Dritten überträgt (Wechsel in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten). Der Wechsel in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten kann verschiedene Ursachen haben:

# 1. Ausscheiden einer Partei

## a) Bei natürlichen Personen

### aa) Tod einer Partei während des Prozesses

Stirbt eine Partei während der Zeit, in welcher ein von ihr geführter Prozess noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist, so muss die Fortsetzung des Rechtsstreites grundsätzlich den Erben überlassen werden. Es wird ihnen Frist angesetzt, sich zur Fortsetzung des Prozesses zu äussern.<sup>1</sup> Wird der Prozess fortgesetzt, so wird das Urteil auf den Namen der Erben ausgestellt und diese haften für die Verfahrenskosten solidarisch.<sup>2</sup>

Kraft Universalsukzession (Gesamtnachfolge) treten die Erben in alle Verhältnisse des Erblassers ein und führen deshalb, was selbstverständlich erscheint, auch dessen Prozess weiter, ohne dass die Gegenpartei etwas dagegen einwenden könnte. In der Regel bleibt aber der Rechtsstreit solange eingestellt, bis die Erben die Erbschaft angetreten haben bzw. diese nicht mehr ausschlagen können.<sup>3</sup> Dann erst treten sie auch definitiv als Partei anstelle des Erblassers in den hängigen Zivilprozess ein.

Nach Abklärung der Rechtsnachfolge steht der Fortführung des unterbrochenen Prozesses durch die Erben infolge Universalzuckzession nichts mehr im

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu Walder, S.93 f.

<sup>2</sup> Vgl. Bischofberger, S.98.

<sup>3</sup> AR Art.58 Abs.2 ZPO; vgl. Bischofberger, S.7 f. u. S.95. Die Ausschlagungsfrist beträgt nach Art.567 ZGB drei Monate. Innert dieser Frist dürfen die Erben aber nur Verwaltungshandlungen vornehmen, die der blossen Verwaltung der Erbschaft dienen, ansonsten sie nach Art.571 ZGB das Recht zur Ausschlagung des Nachlasses verwirken würden.

Wege.<sup>1</sup> In speziellen Fällen ist die Fortführung des Rechtsstreites durch den Willensvollstrecker (Art. 518 ZGB) oder durch den Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) vorgesehen. Die Frage, ob diese Personen als Parteien von Amtes wegen zur Prozessführung befugt sind, ist kontrovers. Guldener vertritt die juristisch saubere Konstruktion, dass die Erben, wenn sie in den Nachlass eintreten, Prozesspartei werden, ihnen aber die Verfügungsmacht über das Erbe und - im Prozess - die Prozessführungsbefugnis entzogen ist. Der Willensvollstrecker und der amtliche Erbschaftsverwalter sind deshalb lediglich als gesetzliche Vertreter der Erben zu betrachten.

#### bb) Entmündigung einer Partei

Mit der Entmündigung verliert eine Person die Handlungsfähigkeit, d.i. die unabdingbare Voraussetzung der Prozessfähigkeit. Die entmündigte Person bleibt zwar parteifähig, bedarf für die Prozessführung aber der Zustimmung durch die Vormundschaftsbehörde.<sup>2</sup> Wenn deshalb eine Partei im Laufe des Verfahrens unter Vormundschaft gestellt wird, so muss der Prozess sistiert werden, bis die Vormundschaftsbehörde über die Weiterführung des Verfahrens beschlossen hat. Dass der Prozess sistiert werden muss, ergibt sich aber auch daraus, weil die entmündigte Person die Bevormundung intern Einsprachefrist gerichtlich anfechten kann.<sup>3</sup>

Zu beachten gilt also, dass die entmündigte Partei ihre Parteieigenschaft nicht verliert, sondern nur ihre Prozessführungsbefugnis. Ein Parteiwechsel wie beim Erbgang findet deshalb hier nicht statt.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Wenn sich die Erben für eine Annahme der Erbschaft aussprechen, so treten sie die Rechtsnachfolge des Erblassers an mit der Folge, dass die Forderungen auf sie übergehen und die Schulden zu ihren eigenen Schulden werden (Art. 560 ZGB). Sie bilden eine notwendige Streitgenossenschaft, vgl. oben, S. 121 f.

<sup>2</sup> Art. 421 Ziff. 8 ZGB.

<sup>3</sup> EG zu ZGB: AR Art. 56, SG Art. 68, ZH Art. 85; Walder, S. 13 f.

<sup>4</sup> Sträuli/Hauser, § 49 N 1.

cc) Konkurs einer Prozesspartei<sup>1</sup>

Gemäss Art. 207 SchKG werden Zivilprozesse einer klägerischen Partei, die in Konkurs gefallen ist, bis nach der zweiten Gläubigerversammlung sistiert, mit Ausnahme von dringlichen Fällen,<sup>2</sup> sowie bei Entschädigungsklagen wegen Ehr- oder Körperverletzungen und Prozessen über Zivilstands- und Ehesachen oder Klagen auf Unterhaltsleistungen.<sup>3</sup>

Bei Eintritt des Konkurses bildet das Vermögen des Schuldners die Konkursmasse; die Verfügungsmacht darüber haben die Konkursorgane. Wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein Zivilprozess anhängig ist über einen Streitgegenstand, der zur Konkursmasse gehört, so hat sich die Konkursverwaltung über die Fortführung des Prozesses zu entscheiden. Will sie den Prozess durchfechten, so steht ihr die Prozessführungsbefugnis zu und das Verfahren läuft auf Rechnung der Konkursmasse.

Will die Konkursverwaltung das Prozessrisiko aber nicht auf sich nehmen, und das Verfahren nicht weiterführen, so fällt die Dispositionsfähigkeit und damit auch die Prozessführungsbefugnis wieder an den Gemeinschuldner zurück.<sup>4</sup> Aus diesen Erwägungen folgt, dass durch die Konkurseröffnung lediglich die Prozessführungsbefugnis und nicht die Parteistellung des Gemeinschuldners berührt wird.

b) Bei juristischen Personen

Die Auflösung einer juristischen Person hat in diesem Zusammenhang Ähnlichkeit mit dem Tod eines natürlichen Rechtssubjektes. Da die juristische Person partei- und prozessfähig ist, stellt sich auch hier die Frage, ob und inwieweit bei ihrer Auflösung von Veräusserung des Streitobjektes die

---

<sup>1</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, § 53 N 4 u. 5; Bischofberger, S. 90 ff.; Walder, S. 99 ff.

<sup>2</sup> Z.B. Ausweisungsbegehren gegen den Gemeinschuldner, vgl. Jaeger, Bd. II Art. 207 N 1.

<sup>3</sup> Näheres bei Fritzsche, Bd. II, S. 47 ff.

<sup>4</sup> BGE 87 II 172 E. 1, 76 II 268 E. 1, 68 III 164; Fritzsche, Bd. II, S. 46 f.

Rede sein kann. (Wenn im folgenden von juristischen Personen gesprochen wird, so sind darunter immer auch die Personengesellschaften zu verstehen).<sup>1</sup>

Im Normalfall geht die juristische Person nicht ohne weiteres mit der Auflösung unter, sondern es folgt anschliessend das Liquidationsverfahren, in welchem die Firma als "in Liquidation" weiterbesteht, bis zur endgültigen Bereinigung ihrer Rechtsgeschäfte.

Zweck des "in Liquidation" ist, die noch nicht geregelten Verhältnisse der juristischen Person abzuklären. Dazu gehört auch die Fortsetzung noch nicht erledigter Prozesse. Die juristische Person hat noch im Liquidationsverfahren Partei- und Prozessfähigkeit bis zur vollständigen Erledigung der Liquidation.<sup>2</sup> Die Auflösung hat daher auf den anhängigen Prozess keinen Einfluss, und die Löschung im Handelsregister kann erst dann erfolgen, wenn sämtliche Prozesse der juristischen Person erledigt sind.<sup>3</sup> Ist die Löschung aber bereits erfolgt während noch Prozesse gegen die juristische Person im Gange waren, so hat sie deswegen nicht zu existieren aufgehört. Dies hat das Bundesgericht im Falle einer kaufmännischen Kollektivgesellschaft im Entscheid BGE 81 II 361 festgehalten und erklärt, solange eine aufgelöste Gesellschaft noch Ansprüche gegenüber Dritten besitze oder Forderungen Dritter ihr gegenüber vorhanden seien, bestehe sie trotz Löschung im Handelsregister weiter, und es könne grundsätzlich auch ihre Wiedereintragung im Register verlangt werden.<sup>4</sup> Da nach Ansicht des Bundesgerichtes ein Urteil auf den Namen der Gesellschaft ausgefällt werden muss, tritt auch kein Uebergang des Streitgegenstandes auf die einzelnen Gesellschafter ein.<sup>5</sup> Zu einer Liquidation im Anschluss an die Auflösung einer juristischen Person muss

---

<sup>1</sup> Den jur. Personen stehen in bezug auf die Partei- und Prozessfähigkeit die Personengesellschaften völlig gleich (Art. 562 u. 602 OR).

<sup>2</sup> Art. 739, 823, 913 OR.

<sup>3</sup> Vgl. Siegwart, Art. 589 OR N 1.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 64 I 335, ebenso 59 II 58 ff. (= Pr. 22 Nr. 36). Voraussetzungen für die Wiedereintragung einer gelöschten AG sind Glaubhaftmachung einer Forderung gegenüber der gelöschten Gesellschaft und ein schutzwürdiges Interesse des Gesuchstellers.

<sup>5</sup> Dies im Gegensatz zu der vom Zürcher Obergericht in ZR 12 Nr. 45, 11 Nr. 94 noch vertretenen Meinung.

auch dann geschritten werden, wenn es sich darum handelt, die Rechtsform zu ändern. Im allgemeinen wird es deshalb auch hier nicht zu einer "Veräusserung des Streitgegenstandes" kommen, da die juristische Person bis zur Erledigung der Liquidation als fortbestehend zu betrachten ist.

Für einige wenige bestimmte Fälle lässt das schweizerische Recht eine Umwandlung von Gesellschaften ohne Liquidation und Neugründung zu. In diesen Fällen findet die Umwandlung in Form einer Universalsukzession statt.<sup>1</sup> Bei diesen Umwandlungen geht das ganze Vermögen der umzuwandelnden Gesellschaft mit der Eintragung der neuen Gesellschaftsform ipso jure auf die neue Gesellschaft über. Anhängige Prozesse werden einfach von der neuen Gesellschaft übernommen. Ihre Sachlegitimation wird dadurch nicht berührt.

## 2. Rechtsgeschäftliche Uebertragung des Streitobjektes während des Prozesses

---

Hauptanwendungsfall für die prozessualen Bestimmungen über die Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses ist die rechtsgeschäftliche Uebertragung streitiger Rechte. Allerdings kann nur eine nach den Bestimmungen des Zivilrechts gültige und wirksame Veräusserung als Anwendungsfall in Betracht kommen. Wie der Rechtserwerb des Nachfolgers zustande kommt, ist irrelevant.<sup>2</sup>

Beispiel: A. hat gegen B. Klage erhoben auf Feststellung der Grenze zwischen ihren beiden Liegenschaften. Noch bevor der Prozess zu Ende geführt ist, stirbt B. Die Erben treten in den Nachlass ein und der Sohn C. übernimmt die Liegenschaft (Uebergang des Streitgegenstandes kraft Gesetzes), verkauft sie aber an D. weiter (rechtsgeschäftlicher Uebergang).

Als Veräusserung darf allerdings nicht nur eine Rechtsübertragung gelten,

---

<sup>1</sup> So z.B. die Umwandlung einer AG in eine GmbH (Art. 824-826 OR), oder bei einer Fusion (Art. 748 OR); Sträuli/Messmer, § 49 N 11.

<sup>2</sup> Als Veräusserung i.S. des Gesetzes müssen etwa Kauf, Tausch, Schenkung, Zession, Errichtung einer Dienstbarkeit, Bestellung eines Pfandrechtes, Enteignung, angesehen werden. Vgl. Kupfer, S. 50, insbes. S. 59-61; Bischofberger, S. 81.

die dem Veräusserer die Sachlegitimation ganz entzieht, sondern es genügt, wenn diese ihm nur noch gemeinsam mit andern Personen zuerkannt wird. Deshalb liegt beim Uebergang von Alleineigentum in Miteigentum eine "Veräusserung" im eingangs ausgeführten Sinne vor.

Beispiel: A. hat auf seinem Grundstück ein Mehrfamilienhaus gebaut. B. erhebt Klage gegen A. auf Einräumung eines Fahrrechtes über dieses Grundstück. Während des laufenden Prozesses kaufen C. und D. von A., der in Geldnot ist, je einen Drittel der Liegenschaft zu Miteigentum. Das Eigentum an der Liegenschaft steht nun nicht mehr A. allein, sondern der Miteigentumsgemeinschaft zu.

Mit der Begründung des Miteigentumsverhältnisses wird eine neue Gemeinschaft geschaffen, bestehend aus sämtlichen Miteigentümern, so dass Prozesse über Sachen, die im Miteigentum stehen, gegen die Miteigentümer als notwendige Streitgenossen angehoben werden müssen.<sup>1</sup> Während bei der Schuldübernahme im allgemeinen nicht von einer Veräusserung des Streitobjektes gesprochen werden kann,<sup>2</sup> muss hingegen für die Uebernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven (nach Art. 181 ff. OR) die Anwendbarkeit der prozessualen Bestimmungen über die Veräusserung des Streitobjektes bejaht werden. Diese Uebernahme erfolgt aufgrund eines Vertrages zwischen altem Inhaber und Uebernehmer und nicht aufgrund eines solchen zwischen Uebernehmer und Gläubiger.<sup>3</sup>

## II. DER ZEITPUNKT DER VERAEUSSERUNG

### 1. Im allgemeinen

Um von Veränderung der Parteien während des Prozesses sprechen zu können, muss eine Veräusserung, d.h. der Uebergang des sachlegitimierten Rechtes

<sup>1</sup> Haab, Vorbem. zu Art. 646 - 654 N 3 ZGB, Art. 648 N 2 ZGB; dasselbe gilt auch für den Uebergang von Alleineigentum in Gesamteigentum; diese Regelung gilt gleichfalls beim Stockwerkeigentum, vgl. oben, S. 115 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Ausführungen von Kupfer, S. 59 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, § 49 N 2 u. 11; v. Tuhr/Siegwart, S. 845; ZR 74 Nr. 75 E. IV.

auf den Erwerber nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor der formellen Beendigung des Verfahrens erfolgen. In welchem Zeitpunkt die Veräusserung als vollzogen zu gelten hat, wird nach den Regeln des Privatrechtes bestimmt. Für einen Eigentumsübergang bei Grundstücken ist der Eintrag im Grundbuch massgebend. Für den Fall, dass das Eigentum an Grundstücken gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift<sup>1</sup> schon vor der Eintragung im Grundbuch auf den Erwerber übergegangen ist, ist trotzdem der Zeitpunkt der Eintragung massgebend, da der neue Eigentümer erst zu diesem Zeitpunkt das rechtliche Verfügungsrecht über das betreffende Grundstück erhält.

## 2. Bei Veräusserung unter Bedingung oder Befristung<sup>2</sup>

### a) Suspensivbedingung

Bei Veräusserungen unter einer Bedingung oder einer Befristung muss der Veräusserer nach wie vor als Inhaber des bedingt übertragenen Rechtes betrachtet werden. Bis zur Entscheidung, ob die Bedingung eintritt oder nicht, d.h. während des sogenannten Schwebezustandes, ist der bedingt Berechtigte noch nicht in die materiellrechtliche Stellung des dinglich Berechtigten oder des Gläubigers eingetreten. Es bleibt ihm deshalb auch die gerichtliche Geltendmachung des ihm nach Eintritt der Bedingung voll zustehenden Rechtes während der Schwebezeit noch verwehrt.<sup>3</sup> Erst mit dem Eintritt der Bedingung vollzieht sich der definitive Rechtsübergang; jetzt erst wird der bedingt Berechtigte Inhaber des dinglichen oder obligatorischen Rechtes.

### b) Resolutivbedingung

Weniger Schwierigkeiten bietet die Situation bei der Veräusserung unter einer auflösenden Bedingung oder Befristung. Die Wirksamkeit der Veräusserung kommt hier sogleich mit Abschluss des Veräusserungsgeschäftes in der vorgeschriebenen Form zur Geltung. Eine durch Auflösung bedingte oder befristete

---

<sup>1</sup> Art. 656 Abs. 2 u. Art. 665 ZGB.

<sup>2</sup> Vgl. Guhl, S. 72 ff. insbes. S. 76 u. 79.

<sup>3</sup> v. Tuhr/Siegwart, S. 710; Guhl, S. 76 f.

Veräusserung ist daher bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Endtermins wie ein unbedingt oder unbefristet abgeschlossenes Rechtsgeschäft zu betrachten. Wenn nun der Eintritt der auflösenden Bedingung oder der Endtermin in die Zeit der Hängigkeit des Rechtsstreites fällt, liegt unstreitig Rechtsnachfolge vor. Der Rückfall muss in diesem Fall als Veräusserung im Sinne der obigen Bestimmungen gelten.

### III. DIE PROZESSUALEN FOLGEN DER VERAEUSSERUNG

#### A. Im allgemeinen

Es gilt bei den Folgen der Veräusserung zwischen den materiellrechtlichen und den prozessualen Wirkungen zu unterscheiden. Ein prozessualer Grundsatz lautet: Ein angehobener Rechtsstreit soll möglichst ohne Verzögerung seiner rechtskräftigen Beendigung entgegengeführt werden.<sup>1</sup> Eine Unterbrechung rechtfertigt sich deshalb nur in den allerdringendsten Fällen, niemals aber bei einer Veräusserung des Streitobjektes, da eine solche im allgemeinen in das Belieben einer Partei gestellt ist. Eine Partei hätte es in diesem Fall nämlich in der Hand, durch Rechtsübertragung des Streitgegenstandes ein Urteil noch und noch hinauszuschieben. Dadurch würde aber die Stellung der Gegenpartei in kaum verantwortbarer Weise verschlechtert.

Materiellrechtlich kann vom Moment des Rechtsüberganges an der Veräusserer nicht mehr als Subjekt des materiellen Rechtsverhältnisses betrachtet werden. Der Erwerber wird trotz des "schwebenden Prozesses" sogleich Inhaber des streitigen Rechts. Nach den Prozessgesetzen von St.Gallen und Zürich hat sich das Urteil über die Rechtslage zur Zeit der Urteilsfällung auszusprechen.<sup>2</sup> Veräussert nun eine Partei das Streitobjekt nachdem ein Prozess anhängig gemacht wurde, so muss die Klage abgewiesen werden, da dieser Partei - infolge der Veräusserung des Streitobjektes - die Sachlegitimation

---

<sup>1</sup> Vgl. ZH §§ 52/53 ZPO.

<sup>2</sup> SG Art. 279 ZP, ZH § 188 Abs. 1 ZPO; Sträuli/Hauser, § 127 N 1 b; Sträuli/Messmer, § 188 N 2 und dort zit. Literatur und Judikatur.

zur Klage fehlt.<sup>1</sup> Eine Partei hätte es also in der Hand, ein für sie ungünstiges Urteil dadurch zu verhindern, dass sie den Streitgegenstand veräussert. Um einen solchen Missbrauch zu verhindern, stellen die einzelnen Prozessordnungen verschiedene, zum Teil einschränkende Bestimmungen auf.

## **B. Das Verbot der Veräusserung des Streitgegenstandes zum Nachteil der Gegenpartei**

---

### **1. Im allgemeinen**

---

Verschiedene kantonale Prozessordnungen verbieten eine Veräusserung des Streitobjektes zum Schaden der Gegenpartei. Sie bilden damit insofern eine Schranke, als sie nur diejenigen Veräusserungen zulassen wollen, die nicht zum Schaden des Prozessgegners erfolgen.<sup>2</sup> Dies schliesst die Lehre bezüglich des zürcherischen Zivilprozesses aus den §§ 107 Ziff. 3 und 110 ZPO.<sup>3</sup> Die gleichen Schlussfolgerungen dürfen auch aus den entsprechenden Bestimmungen der ausserrhodischen ZPO und des st. gallischen ZP gezogen werden.<sup>4</sup>

### **2. Die Verfügungsbeschränkung gestützt auf vorsorgliche Massnahmen**

---

Kantonalen Vorschriften, die eine Veräusserung des Streitobjektes verbieten, kommt nur geringe praktische Bedeutung zu, da sie keinen zivilrechtlichen Einfluss auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes auszuüben vermögen. Die prozessualen Veräusserungsverbote bedürfen daher zu ihrer Ergänzung weiterer Rechtsinstitute, um den Betroffenen am "Veräussern können" zu

---

<sup>1</sup> Zur Sachlegitimation vgl. oben, S. 112 f.

<sup>2</sup> ZR 33 Nr. 7, 49 Nr. 19.

<sup>3</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, § 49 N 3. Die Frage über die Zulässigkeit der Veräusserung wurde von der Praxis dahingehend beantwortet, dass unter das Verbot dieser Bestimmung sowohl die körperliche als auch die rechtliche Veränderung des Streitgegenstandes fällt, sofern sie für den Gegner nachteilig ist.

<sup>4</sup> AR Art. 58 ZPO, SG Art. 116 u. 389 Ziff. 2 ZP; vgl. auch Lutz, Art. 116 N 2.

hindern. Die Ergänzung kann vor allem erfolgen durch das Institut der vorsorglichen Massnahme, wie dies die meisten Prozessgesetze kennen.<sup>1</sup> Dabei stehen, was das Grundbuch anbelangt, die Vormerkungen nach Art. 960/961 ZGB im Vordergrund, welche keine eigentliche Sperre des Registers bedeuten.<sup>2</sup>

Solche vorsorgliche Massnahmen bedürfen nach neuester Rechtsprechung des Bundesgerichtes einer Grundlage im Bundesprivatrecht, wenn sie für die Prozessdauer subjektive Privatrechte zu- oder aberkennen.<sup>3</sup> Die vorsorgliche Massnahme kann darin bestehen, dass einer Partei ein Veräusserungsverbot auferlegt wird. Die Wirkung einer solchen Verfügungsbeschränkung erstreckt sich nicht nur auf den ursprünglich Verpflichteten, sondern auch auf jeden späteren Erwerber eines dinglichen Rechtes am betreffenden Grundstück. Sie ist also im Gegensatz zur Wirkung der dinglichen Rechte nicht absolut, sondern aktualisiert sich jeweils gegenüber jedem Erwerber eines späteren dinglichen Rechtes. Die Verfügungsbeschränkung würde allerdings nur bewirken, dass die trotzdem vorgenommene Veräusserung die angeordneten Sanktionen nach sich zieht.

### 3. Die kantonale rechtliche Grundbuchsperre im besonderen

Als Grundbuchsperre wird im allgemeinen eine unmittelbar an das Grundbuchamt gehende richterliche Anweisung verstanden, die untersagt, auf einem bestimmten Hauptbuchblatt bis auf weiteres oder während einer bestimmten Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses eine Eintragung vorzunehmen (sog. Kanzleisperre) oder eine einzelne Anmeldung oder Anmeldungen bestimmter Art durch Eintragung in das Hauptbuch zu vollziehen.

Während eine vollständige Kanzleisperre dem eidgenössischen Zivilrecht unbekannt ist, kennt es eine - allerdings bloss teilweise - Grundbuchsperre

---

<sup>1</sup> AR Art. 249 ZPO, SG Art. 389 ZP, ZH § 110 ZPO.

<sup>2</sup> BGE 91 II 419.

<sup>3</sup> Einer solchen Grundlage bedarf es nicht, wenn sich die Massnahmen darauf beschränken, einen bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten; BGE 103 II 1 ff.; Guldener (zit. S. 86 Anm. 1) S. 11/12.

in einigen wenigen besonders geregelten Fällen.<sup>1</sup>

Ob das kantonale Recht neben oder anstelle einer vom Bundeszivilrecht vorgesehenen Verfügungsbeschränkung eine bundesrechtlich nicht vorgesehene Kanzleisperre verfügen darf, ist seit langer Zeit umstritten.<sup>2</sup>

In § 29 der Zürcher Grundbuchverordnung vom 26. März 1958<sup>3</sup> ist die Einrichtung der "Kanzleisperre" anerkannt, und die neue Zürcher ZPO sieht in § 223 Ziff. 2 die Sperrung öffentlicher Register ausdrücklich vor.

Die herrschende Lehre hat die Zulässigkeit der kantonalrechtlichen Grundbuchsperrung in überzeugender Weise begründet.<sup>4</sup> Nach allgemeiner Meinung ist die Grundbuchsperrung von der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Ziff. 1 ZGB wesentlich verschieden. Bei der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung wird ein persönliches Recht mit einer verstärkten Wirkung ausgestattet und kann gegenüber jedermann durchgesetzt werden. Weder der kantonale Gesetzgeber noch der kantonale Richter haben die Kompetenz, andere subjektive Rechte durch Nebenrechte zu verstärken.

Demgegenüber ändert die kantonalrechtliche Grundbuchsperrung nichts am materiellen Rechtsbestand der beteiligten Personen; sie verhindert nur eine Veränderung desselben, indem die Verfügung über ein subjektives Urteil während der Dauer des Prozesses verunmöglicht wird.<sup>5</sup> Die Grundbuchsperrung ist eine prozessrechtliche Massnahme, und eine Verstärkung, nicht eine Abänderung des bundesrechtlichen Institutes der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung.

Solche Anordnungen bezwecken nur, dass über streitige Ansprüche gerichtlich entschieden werden kann und der Prozess durch eine eigenmächtige

---

<sup>1</sup> BGE 91 II 419 und dort angegebene Fälle.

<sup>2</sup> Vgl. H. Sträuli, Kantonalrechtliche Grundbuchsperrung als vorsorgliche Massnahme im Zivilprozessrecht, ZSR 90 I S. 417 ff.

<sup>3</sup> Kantonale Grundbuchverordnung vom 26. März 1958 (ZG 6, 721).

<sup>4</sup> Guldener I, S. 386 f.; Lutz, Art. 389 Ziff. 2 N 3; H. Sträuli, (zit. in Anm. 2) S. 417 ff.

<sup>5</sup> H. Sträuli, (zit. in Anm. 2) S. 424.

Verfügung des Beklagten nicht gegenstandslos wird. Die Anordnung einer Grundbuchsperrung nach kantonalem Recht als vorsorgliche Massnahme während der Dauer des Prozesses muss, wie z.B. die Verfügung zur gerichtlichen Hinterlegung des Streitgegenstandes, als im Rahmen des kantonalen Prozessrechtes angesehen werden. Sie kann deshalb auch nicht Bundesprivatrecht verletzen.

Die Sperrung ist nicht nur zulässig, wenn das betreffende Grundstück Streitgegenstand ist, sondern auch in den Fällen, in denen der streitige Anspruch nur indirekt mit einem Grundstück in Zusammenhang steht.<sup>1</sup>

### C. Die Prozessführungsbefugnis des Veräusserers

Durch den Rechtsübergang vom Veräusserer auf den Erwerber des Streitobjektes verliert der Veräusserer seine materiellrechtliche Stellung, bleibt aber kraft gesetzlicher Ermächtigung weiterhin Kläger oder Beklagter,<sup>2</sup> er hat ein besonderes Recht zur Prozessführung: die sogenannte Prozessführungsbefugnis.<sup>3</sup> Diese Befugnis bestimmt, wer im Einzelfall berechtigt oder ver-

---

<sup>1</sup> Im übrigen hat das Bg in BGE 87 I 488 festgestellt, dass eine solche Sperre sich mit der Rechtsnatur und dem Zweck des Grundbuches durchaus verträgt.

<sup>2</sup> BGE 68 III 41; Guldener I, S.176: Bei Veräusserung des Streitobjektes büsst der Veräusserer die Befugnis zur Weiterführung des Prozesses in eigenem Namen und an Stelle des Erwerbers nicht ein, auch wenn er materiell an dem zu beurteilenden Rechtsverhältnis nicht mehr beteiligt ist. Weiter S.331: "Veräusserung des Streitobjektes soll nicht zur Folge haben, dass der Veräusserer die Befugnis zur Durchführung des angehobenen Prozesses verliert."

<sup>3</sup> Vgl. dazu Bischofberger, S.19. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 12, S.97 ff., hat Kohler alle Fälle, bei denen es sich um Prozessführung im eigenen Namen, aber um fremdes Recht oder um fremde Verpflichtung handelt, unter dem Begriff der "Prozessstandschaft" zusammengefasst. Er charakterisiert die Prozessstandschaft als "zivilistisches Verhältnis der einen Partei zum Zivilrecht einer andern, kraft welchen Verhältnisses es der einen Partei zusteht, einen Prozess zu führen, dessen zivilistische Folgen auf die andere Person fallen". Sträuli/Messmer bezeichnet den Prozessführer als Partei im formellen Sinne (§§ 27/28 N 20).

pflichtet ist vor Gericht aufzutreten.<sup>1</sup>

Wenn die Gesetzesbestimmungen in den einzelnen Prozessordnungen<sup>2</sup> einerseits bestimmen, dass der Erwerber in den hängigen Prozess eintreten kann, so hat dies andererseits zu bedeuten, dass der Veräusserer den Prozess weiterführen kann, wenn ihn der Erwerber nicht übernehmen will. Diese Bestimmungen bezwecken i. S. der Prozessökonomie, dass der angehobene Prozess fortgesetzt und eine unnütze, mit Kosten und Zeitverlust für das Gericht und die Parteien verbundene, doppelte Prozessführung vermieden werden kann.

Das Bundesgericht hat wiederholt<sup>3</sup> die Ansicht vertreten, dass die Prozessführungsbefugnis des Veräusserers aus gewichtigen prozessökonomischen Gründen gewahrt bleiben müsse. Seine Ansicht sieht es darin bestärkt, dass die modernen Prozessgesetze dazu neigen, den Prozessaufwand zu vereinfachen. Diesen Bestrebungen würde aber nicht entsprochen, wenn durch die Veräusserung des Streitobjektes und mangels Beteiligung des Erwerbers am Rechtsstreit bei gleicher Rechtslage ein neuer Prozess durchgeführt werden müsste.<sup>4</sup>

Die Prozessführungsbefugnis des Veräusserers wird also durch die stattgehabte Rechtsübertragung nicht berührt. Da ein Verfahren erst erledigt ist, wenn das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, muss der Veräusserer auch befugt sein, den Prozess allenfalls in einer Rechtsmittelinstanz weiterzuführen. Die Prozessführungsbefugnis des Veräusserers findet ihr Ende deshalb erst

---

<sup>1</sup> Die Formulierungen in den verschiedenen Zivilprozessordnungen, wonach der Veräusserer das Recht zur Weiterführung des anhängigen Rechtsstreites nicht verliert, bezieht sich allein auf seine Prozessführungsbefugnis.

<sup>2</sup> AR Art. 58 ZPO, SG Art. 116 ZP, ZH § 49 ZPO.

<sup>3</sup> BGE 93 I 34 E. 4, 94 I 316 f.

<sup>4</sup> Der Kommentar Sträuli/Messmer vertritt demgegenüber die Ansicht, dass es sich aus prozessökonomischen Gründen allein nicht vertreten lasse, dass Urteil und materielle Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht übereinstimmen.

mit der rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreites.<sup>1</sup> Dabei gilt zu beachten, dass das Urteil auf den Namen des Veräusserers ausgestellt werden muss.<sup>2</sup>

#### D. Die Parteiübernahme mit Zustimmung der Gegenpartei

Die ausserrhodische und st.gallische Zivilprozessordnung verlangen übereinstimmend die Einwilligung des Prozessgegners, wenn nach der Veräusserung des Streitgegenstandes der Erwerber als Hauptpartei anstelle des Rechtsvorgängers in den Prozess eintreten möchte.<sup>3</sup> Dies ist deshalb vorgesehen, weil die Gegenpartei nicht benachteiligt werden soll. Ausnahmsweise erfolgt die Prozessübernahme ohne Zustimmung der Parteien bei Gesamtnachfolge, z.B. bei einem Erbgang oder wenn der Streit um dingliche Rechte an einem Grundstück geht, da hier der jeweilige Berechtigte Partei ist.<sup>4</sup>

#### E. Die prozessuale Stellung des Erwerbers

Vom Moment des Rechtsüberganges an kann der Veräusserer nicht mehr als Subjekt des materiellen Rechtsverhältnisses gelten, das den Grund für den Rechtsstreit bildet. Dass die Veräusserung während des Prozesses erfolgt, ändert nichts an der Rechtslage, dass der Erwerber sogleich Inhaber des

---

<sup>1</sup> Der den Rechtsstreit fortführende Veräusserer kann mit Zustimmung des Erwerbers als dessen Vertreter mit der andern Partei einen Vergleich abschliessen. Er handelt dabei nicht aus eigenem Recht, sondern kraft besonderer Ermächtigung des nunmehrigen materiellen Rechtsträgers. Dasselbe muss auch für Klagerückzug und Klageanerkennung gelten.

<sup>2</sup> Wenn der Kläger im Laufe des Prozesses sein Recht veräussert hat, aber weiterhin als Partei im Prozess verblieben ist, so interessiert der Fall nur, wenn der Kläger obsiegt. Andernfalls ist der geltend gemachte Anspruch nicht gutgeheissen worden und es wird nur das Verhältnis Veräusserer-Erwerber berührt. Anders, wenn der klägerische Anspruch geschützt wird, dann ist auch die Gegenpartei betroffen.

<sup>3</sup> AR Art. 58 Abs. 1 ZPO, SG Art. 116 ZP; vgl. unten, S. 169 f.

<sup>4</sup> SJZ 35, S. 222; Lutz, Art. 116 N 1.

streitigen Rechtes wird. Subjekt des Prozessrechtsverhältnisses bleibt aber durch die Prozessführungsbefugnis der Veräusserer.

Obsiegt der Kläger (Veräusserer) im Prozess, so stellt sich die Frage, ob der Richter den Beklagten von sich aus zur Erfüllung an den Erwerber, als den nunmehrigen Inhaber des gestörten Rechts, verurteilen darf, oder ob der Richter auf die Veräusserung keine Rücksicht zu nehmen braucht. Gemäss herrschender Lehre und Praxis spricht sich das Urteil über die Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsfällung aus. Deshalb muss konsequenterweise gefordert werden, dass sich die Rechtskraft eines Urteils auch auf den Erwerber erstrecken muss. Will der Richter der bestehenden materiellen Rechtslage gerecht werden, so muss er folglich den Erwerber als jetzigen rechtmässigen Berechtigten im Urteil anerkennen und ihn in die Lage versetzen, in den Genuss seines Rechts zu gelangen.<sup>1</sup> Allerdings muss dies wegen der Dispositionsmaxime vom Kläger beantragt werden; der Richter darf es nicht von sich aus tun.<sup>2</sup> Ein solcher Klage-Umstellungsantrag kann denn auch nicht als "Klageänderung" im ursprünglichen Sinn betrachtet werden, da sich dadurch am materiellen Inhalt des Klagebegehrens nichts ändert. Diese Möglichkeit muss dem Kläger kraft seiner Prozessführungsbefugnis zustehen, und eine Umstellung des Klageantrages muss ermöglicht werden, weil nur dadurch ein Urteil gefällt werden kann, das der materiellen Rechtslage entspricht.

Wir untersuchten oben den Fall, in welchem der Kläger sein Recht veräussert. Betrachten wir die Möglichkeit der Veräusserung des Streitobjektes durch den Beklagten, so stellt sich das Problem, ob durch das Urteil der Beklagte selber oder sein Rechtsnachfolger zur Leistung verpflichtet wird. Im Gegensatz zur Veräusserung des Streitobjektes auf der Klägerseite, darf bei einem Uebergang der Streitsache auf der Beklagtenseite die Tatsache

---

<sup>1</sup> Vgl. Guldener I, S.331.

<sup>2</sup> Guldener I, S.125 ff.: Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als verlangt wurde. AR Art.87 Abs.2 ZPO, SG Art. 180 ZP; Lutz, Art.180 N 1 ZP; ZH § 54 Abs.2 ZPO; Sträuli/Messmer, § 49 N 5; Bischofberger, S.83; Kupfer, S.106 ff.

des Rechtsüberganges im Urteil nicht berücksichtigt werden.<sup>1</sup> Der Grund, weshalb der Richter den in der Beklagtenrolle verbliebenen Veräusserer zur Leistung zu verurteilen hat, liegt darin, dass im andern Fall die Stellung des Klägers in unverantwortlicher Weise verschlechtert würde.<sup>2</sup>

Mit der Verurteilung des Veräusserers allein ist allerdings dem Kläger in den meisten Fällen auch nicht viel geholfen. Dies wird sogleich deutlich, wenn der Beklagte dingliche Rechte an der in seinem Besitz stehenden Sache auf einen Dritten überträgt. Einem auf Herausgabe dieser Sache erkennenden Urteil vermag der Veräusserer gar nicht mehr nachzukommen, wenn der Erwerber mit der Erlangung des dinglichen Rechts auch zugleich den Besitz übernommen hat. Und selbst wenn der Erwerber an sich zur Herausgabe der Sache verpflichtet wäre, weil er diese z.B. bösgläubig erworben hat, kann nicht direkt aufgrund des gegen den Veräusserer ergangenen Urteils die Leistung vom Rechtsnachfolger verlangt werden. Dem Kläger bleibt nichts anderes übrig, als gegen den Erwerber einen zweiten Prozess anzustreben, wobei allerdings das für den Kläger günstige Urteil des Erstprozesses diesem im zweiten eine stärkere Stellung verschafft, indem seine Feststellungswirkung dem Kläger im neuen Rechtsstreit zugute kommen muss.<sup>3</sup>

Das gleiche gilt, wenn der Kläger aus Art. 679 ZGB gegenüber einem Beklagten auf Beseitigung der Eigentumsstörung klagt, dieser jedoch die Liegenschaft während des Prozesses veräussert hat.

Beispiel: Ein Grundeigentümer wird durch auslaufende Jauche aus der höherliegenden Nachbarliegenschaft geschädigt und klagt deshalb auf Unterlassung. Während des Prozesses stirbt der Beklagte, und seine Erben veräussern die Liegenschaft. Der Erwerber tritt nicht in den Prozess ein.

---

<sup>1</sup> Sträuli/Messmer, § 49 N 5: Der unberechtigte Besitzer wird durch Veräusserung des Streitgegenstandes nicht von seiner Rückgabepflicht befreit; Guldener, S. 330 Anm. 7; Meier-Hayoz, Art. 641 N 44 ZGB; Bischofberger, S. 84.

<sup>2</sup> Kupfer, S. 109. Der Kläger hätte beispielsweise zu prüfen, ob die Rechtsübertragung privatrechtlich gültig und wirksam sei, andernfalls nützte ihm eine Verurteilung des Erwerbers nichts.

<sup>3</sup> Zur Feststellungsklage und deren Anwendung zum Schutze des Eigentums, des Besitzes und gegen Grundeigentumsüberschreitung vgl. oben, S. 30 ff.

Gemäss BGE 88 II 267 kann der in seinem Eigentum gestörte Grundeigentümer die Beseitigung der Schädigung, d.h. des den Schaden verursachenden Zustandes auf dem Ausgangsgrundstück verlangen. Der Geschädigte ist aktivlegitimiert. Passivlegitimiert waren der ursprüngliche Eigentümer der Liegenschaft bzw. dessen Erben als Gesamtnachfolger. Die Situation änderte sich mit der Veräusserung der Liegenschaft, da der neue Eigentümer nicht in den Prozess eintrat. Eine Beseitigungsklage muss sich aber notwendigerweise gegen den Eigentümer zur Zeit der Urteilsfällung richten, denn nur dieser kann dazu verurteilt werden, auf seinem Grundstück die nötigen Massnahmen zur Beseitigung des schädigenden Zustandes zu treffen.<sup>1</sup> Gegenüber dem ehemaligen Eigentümer ist die Vollstreckung ausgeschlossen, weil dieser nicht mehr über die Liegenschaft verfügen kann, gegenüber dem neuen Eigentümer nicht, weil er nicht Partei ist.

Der Kläger hätte es aber in der Hand gehabt, auf dem Wege des Befehlsverfahrens für die Liegenschaft des Beklagten eine Verfügungsbeschränkung zu erwirken, um die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bzw. seines Beseitigungsanspruches zu sichern.<sup>2</sup> Hat er dies, mit oder ohne Verschulden, nicht getan, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als eine neue Klage gegen den nunmehrigen Eigentümer anzustreben.

Anders verhält es sich aber, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Grundeigentumsüberschreitung und demjenigen der Klageanhebung der Eigentümer des Grundstückes infolge Handänderung gewechselt hat. Hier muss unterschieden werden zwischen Klage auf Beseitigung und Klage auf Schadenersatz.

- Verlangt der Kläger die Beseitigung eines vom Rechtsvorgänger geschaffenen und vom Rechtsnachfolger aufrechterhaltenen Zustandes, so ist nur der Rechtsnachfolger, also derjenige, der im Zeitpunkt der Klageanhebung Grundeigentümer ist, passivlegitimiert; der Erwerber eines Grundstückes benützt z.B. eine von seinem Rechtsvorgänger installierte Maschine, die übermässige Immissionen verursacht.<sup>3</sup>
- Verlangt der Kläger Schadenersatz, so ist nochmals zu unterscheiden

---

<sup>1</sup> Vgl. Meier-Hayoz, Art. 679 N 52 ff. ZGB.

<sup>2</sup> Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, i.V. mit z.B. SG Art. 389 ZP; vgl. oben, S. 157 ff.

<sup>3</sup> BGE 44 II 33 ff.

zwischen abgeschlossener, einmaliger und bestehender, fortdauernder Grundeigentumsüberschreitung.

- Handelt es sich um eine abgeschlossene, einmalige Grundeigentumsüberschreitung, welche Schaden gestiftet hat, so ist nur der Eigentümer, der das Recht überschritten hat, passivlegitimiert; im obigen Beispiel also der Rechtsvorgänger.
- Handelt es sich hingegen um einen bereits vom Rechtsvorgänger geschaffenen, schadenstiftenden Zustand infolge Grundeigentumsüberschreitung, den der Erwerber aufrechterhält (z.B. übermäßige Rauch- und Russentwicklung in einem Wohnquartier), so muss der Geschädigte sowohl gegen den gegenwärtigen Grundeigentümer als auch gegen dessen Rechtsvorgänger Klage erheben, wenn er für seinen ganzen Schaden Ersatz verlangen will. Jeder Grundeigentümer hat nämlich nur für den während der Zeit seiner Eigenthums-herrschaft verursachten Schaden einzustehen.

#### F. Die Vollstreckung des Urteils nach erfolgter Veräußerung

Erbringt der Beklagte die ihm im Urteil auferlegte Leistung nicht freiwillig, so bedarf der obsiegende Kläger zu ihrer Erzwingung der Hilfe der Staatsgewalt.

Im Falle der Veräußerung des Streitobjectes auf der Klägerseite ist der Erwerber berechtigt, den ihm durch das Urteil zugestandenen Anspruch selber zu vollstrecken. Im Falle der Veräußerung auf der Beklagtenseite darf der Erwerber nicht zur Leistung an den Kläger verurteilt werden. Es bleibt deshalb nichts anderes übrig, als den beklagten Veräußerer zur Befriedigung des Klägers zu verurteilen. Will man aber den Anspruch gegen den Veräußerer vollstrecken, und muss man feststellen, dass dieser nicht mehr in der Lage ist, die Leistung zu erbringen, so bleibt nur noch die Möglichkeit, anstelle der nicht erzwingbaren Herausgabe der Sache den entspre-

chenden Geldwert zu verlangen.<sup>1</sup>

## G. Die Beteiligung des Erwerbers am Rechtsstreit

Der Erwerber hat im anhängigen Prozess nur eine schwache Stellung, es sei denn, er übernehme den Prozess. Tut er dies nicht, so ist er zwar materiell-rechtlich Berechtigter oder Verpflichteter, prozessrechtlich muss er aber als Aussenstehender angesehen werden, und hat den Prozess vom Veräusserer selbständig fortführen zu lassen, obschon er an seinem Ausgang in hohem Masse interessiert ist.

Trotzdem hat der Erwerber aber die Möglichkeit, seine Interessen selbst wahrzunehmen.<sup>2</sup> Möglich ist z. B. seine Mitwirkung am hängigen Prozess in Form der Nebenintervention.<sup>3</sup> Dies ist sicher dort der Fall, wo eine Zivilprozessordnung den Eintritt in den Rechtsstreit als Hauptpartei nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen vorsieht.<sup>4</sup> Dies umso eher, als die Nebenintervention ja gerade für diejenigen Fälle zur Verfügung steht, in welchen ein am Ausgang des Prozesses Interessierter der Hauptpartei als Gehilfe beisteht.

Da dem Litisdenunzianten nach den meisten schweizerischen Prozessgesetzen die Stellung eines Nebenintervenienten zukommt,<sup>5</sup> gilt das Gesagte auch für

---

<sup>1</sup> Der Kläger kann nach der zürcherischen ZPO schon während des Prozesses auf das Herausgabebegehren verzichten und Schadenersatz verlangen, vgl. Sträuli/Messmer, §§ 49 N 5 u. 61 N 6.

<sup>2</sup> Bischofberger, S. 88. Ausgeschlossen ist allerdings z. B. eine selbständige Klage des Erwerbers gegen den ursprünglichen Prozessgegner, oder die Erhebung einer Widerklage, wenn es sich um eine Veräusserung auf der Beklagtenseite handelt. Einem solchen Vorgehen könnte die Gegenpartei ohne weiteres die Einrede der Litispandez entgeghalten.

<sup>3</sup> Zur Nebenintervention vgl. oben, S. 136 ff.

<sup>4</sup> So ausdrücklich AR Art. 58 ZPO, mit Zustimmung der Gegenpartei und solidarischer Haftung für die bereits entstandenen Kosten; SG Art. 116 ZP. Die Zürcher ZPO setzt in § 49 Abs. 1 keine Bedingung für den Eintritt des Erwerbers in den Prozess, verlangt aber eine ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Gericht.

<sup>5</sup> Vgl. Vogel, Die Streitverkündung im schweiz. Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1922, S. 17: Die Streitverkündung bezweckt in der Regel, eine Intervention des Dritten zu veranlassen.

den Streitgenossen. Auch dieser darf nur als Hilfsperson der Hauptpartei am Prozess teilnehmen.

#### IV. DIE UEBERNAHME DES PROZESSES DURCH DEN ERWERBER

##### A. Allgemeines

Durch den angehobenen Prozess werden die Parteien eines Rechtsstreites in der Weise fixiert, dass im allgemeinen während der Dauer des Verfahrens keine Aenderung stattfinden darf.<sup>1</sup> Das Prozessrechtsverhältnis ist öffentlichrechtlich und kann nicht durch den freien Willen nur der einen Partei abgeändert werden. Ebenso hat keine Partei die Befugnis, von sich aus ihre Stellung im Prozess auf einen Dritten zu übertragen, und in der Regel darf auch niemand als Kläger auftreten, wenn er seine Klage nicht selber ordnungsgemäss eingeleitet hat.

Es drängt sich allerdings auf, dem Erwerber des Streitobjektes trotzdem die Möglichkeit zu verschaffen, in den bis anhin vom Veräusserer geführten Prozess einzutreten. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies geschehen kann, bestimmt ausschliesslich das Prozessrecht.<sup>2</sup> Die meisten Prozessrechte haben denn auch den Eintritt des Erwerbers in den hängigen Rechtsstreit zugelassen. Dies vereinfacht das Problem der Veräusserung des Streitobjektes während des Prozesses, indem dadurch der Zwiespalt zwischen materieller Rechtslage und prozessualer Parteistellung beseitigt wird. Die Uebernahme des Prozesses durch den Erwerber kommt auch den Postulaten der Prozessökonomie entgegen.<sup>3</sup>

Wenn die Uebernahme des Rechtsstreites durch den Erwerber aber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zugelassen wird, so hat dies seinen Grund darin, dass nicht die Gegenpartei in ihrer Prozessführung behindert oder gar

---

<sup>1</sup> Guldener I, S. 47.

<sup>2</sup> BGE 32 II 113.

<sup>3</sup> So ist es z.B. möglich, den richtigen Verpflichteten zu verurteilen, so dass sich der Umweg über einen zweiten Prozess erübrigt, vgl. oben, S. 164.

schlechter gestellt werden soll.<sup>1</sup> Für den Prozessgegner bedeutet der Eintritt des Erwerbers in den Rechtsstreit als Partei tatsächlich in vielen Fällen keinen Vorteil, sondern vielmehr eine Gefährdung. Er wird gezwungen, sich mitten im Verlaufe des Verfahrens auf einen neuen Gegner umzustellen. Dies kann sich für ihn, besonders im Falle mehrfacher aufeinanderfolgender Veräusserungen, recht ungünstig auswirken und birgt die Gefahr in sich, dass er überhaupt nie zu einem Prozessende gelangt. Eine Schlechterstellung der Gegenpartei ist auch dann zu befürchten, wenn die Abtretung des streitigen Rechts an eine zahlungsunfähige Person erfolgt, der gegenüber eine Vollstreckung nicht zum Ziele führt.

## B. Die Voraussetzungen für die Uebernahme des Prozesses durch den Erwerber

### 1. Das Einverständnis der Gegenpartei

Die Prozessgesetze der drei Kantone, auf welche in dieser Arbeit Bezug genommen wird, wie auch die meisten neueren Prozessordnungen, anerkennen grundsätzlich die Uebernahme des Rechtsstreites durch den Erwerber dann, wenn sich die Gegenpartei mit diesem Wechsel in der Person ihres Gegners einverstanden erklärt.<sup>2</sup> Die Form einer solchen Zustimmung ist nirgends vorgeschrieben, so dass dieselbe auch formlos gültig ist. So

---

<sup>1</sup> Sträuli/Messmer, § 49 N 3 a.E.

<sup>2</sup> AR Art. 58 ZPO, SG Art. 116 ZP, ZH § 49 Abs. 2 ZPO. Die Zürcher ZPO gibt dem Erwerber des Streitgegenstandes nach § 49 Abs. 1 das Recht, in den Prozess einzutreten, wenn eine Partei das eingeklagte Recht einbüsst oder von der eingeklagten Verpflichtung frei wird, weil sie den Streitgegenstand während des Prozesses veräussert. Als Veräusserung in diesem Sinne muss nach Sträuli/Messmer "jede Uebertragung des Rechtes oder des Besitzes an der Sache unter Lebenden, sei es durch Rechtsgeschäft..., durch Zwangsverwertung infolge Pfändung oder Konkurs oder durch Legalzession" angesehen werden. Für alle übrigen Fälle ist gemäss § 49 Abs. 2 ZPO der Ersatz einer Partei durch eine andere nur mit Zustimmung aller bisherigen Parteien zulässig. Die Zürcher ZPO räumt also dem Erwerber des Streitobjektes, d.h. dem materiell Berechtigten, das Recht ein, in den Prozess um den ihm gehörenden Streitgegenstand einzutreten, sofern er eintreten will. Dadurch ist die Identität zwischen Parteistellung und materieller Berechtigung weitgehend gewahrt. Allerdings wird dadurch das Interesse der Gegenpartei nicht geschützt.

muss z.B. angenommen werden, dass der Prozessgegner, wenn er der Uebernahme des Prozesses durch den Erwerber zustimmt, auf eine Prozesshandlung des Erwerbers nicht ausdrücklich negativ reagiert. Dass in einem solchen Fall vom Prozessgegner eine Stellungnahme erwartet werden darf, erklärt sich schon daraus, dass dieser ja gerade durch die Zustimmung oder Ablehnung seine eigenen Interessen wahrnehmen kann. Deshalb ist ihm auch zuzumuten, sich unmissverständlich darüber zu erklären, ob er die Uebernahme des Prozesses durch den Erwerber ablehne, womit er gegebenenfalls die Fortführung des Rechtsstreites durch den Veräusserer erzwingt.

## 2. Das Einverständnis des Erwerbers

Eine weitere Voraussetzung für die Uebernahme des Rechtsstreites durch den Erwerber bildet dessen Einverständnis. Auch wenn die Zustimmungen des Prozessgegners und des Veräusserers vorliegen, kann der Erwerber nicht verpflichtet werden, in den Prozess einzutreten. Es dürfen gegen den widerstrebenden Erwerber auch keine prozessualen Zwangsmittel angewendet werden.<sup>1</sup> Tritt der Erwerber auf der Klägersseite aber nicht in den Prozess ein, so kann nach Sträuli/Messmer (§ 49 N 5) der Kläger die Klage dahingehend abändern, dass er Leistung an den Erwerber verlangt; andernfalls müsse die Klage nach § 188 Abs.1 abgewiesen werden.<sup>2</sup>

## C. De lege ferenda

Wenn der Prozessgegner seine Zustimmung aus unerfindlichen Gründen verweigert und keine wesentliche Verschlechterung seiner Stellung zu befürchten ist, sollte es trotzdem möglich sein, eine Uebernahme des Rechtsstreites durch den Erwerber zuzulassen. Dadurch könnte der Richter den Interessen aller Beteiligten im allgemeinen am besten gerecht werden. Diese Idee hat z.B. die bernische ZPO verwirklicht,<sup>3</sup> indem sie den Prozessgegner

---

<sup>1</sup> So ausdrücklich in der Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung 37 Nr.35 E.3.

<sup>2</sup> ZR 61 Nr.88; SJZ 67, S.195 f.

<sup>3</sup> BE Art.41 ZPO.

verpflichtet, den Parteiwechsel anzunehmen, wenn der Erwerber ihm für die Erfüllung des Urteils in Haupt- und Nebensache Sicherheit leistet. Dadurch kann eine Schlechterstellung des Prozessgegners durch den Parteiwechsel grösstenteils vermieden werden. Ich könnte mich dem Vorschlag von Kupfer<sup>1</sup> anschliessen, der dahin geht, für spezielle Fälle die Möglichkeit eines Parteiwechsels gegen den Willen des Prozessgegners in den Prozessgesetzen vorzusehen, unter der Bedingung, dass dadurch die gegnerische Partei nicht wesentlich schlechter gestellt wird. Allerdings müsste auch der Erwerber verpflichtet werden können, in den Prozess einzutreten. Mit einer solchen Regelung könnte einmal mehr dem Gedanken der Prozessökonomie nachgelebt werden, indem nach dem Parteiwechsel die Klage durch den Erwerber im gleichen Verfahren weitergeführt werden müsste.

#### D. Der Vorgang der Uebernahme und die Stellung des Erwerbers nach dem Eintritt in den Prozess

Aufgrund der richterlichen Prozessleitung ist die Benachrichtigung des Richters über den geplanten Parteiwechsel unerlässlich, da sich eine so weitreichende Veränderung des Prozessrechtsverhältnisses nicht ohne sein Mitwissen vollziehen kann.<sup>2</sup> Es ist auch Sache des Gerichtes, die gesetzlichen Voraussetzungen von Amtes wegen<sup>3</sup> zu prüfen und den Erwerber, sofern ein Parteiwechsel rechtsgültig vorgenommen wurde, als Partei, mit allen Konsequenzen, anzuerkennen. Es hat bei Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen den Parteiwechsel zu dulden und darf dem Erwerber auch keine weiteren als die im Gesetz verlangten Bedingungen auferlegen.

Wenn ein Parteiwechsel als zulässig erachtet wird, so muss dem Erwerber die Rechtsstellung der ursprünglichen Partei eingeräumt werden. Er hat den Prozess in der Lage aufzunehmen, in der er sich im Moment der Rechts-

---

<sup>1</sup> (zit. S. 148 Anm. 1) S. 130.

<sup>2</sup> Vgl. die Ausführungen oben, S. 143. Nach Sträuli/Messmer, § 49 N 5 hat der Erwerber seinen Beitritt zum Prozess dem Gericht ausdrücklich zu erklären.

<sup>3</sup> Genau so wie die Prozessvoraussetzungen.

nachfolge befindet.<sup>1</sup> Das Verfahren läuft von Beginn der Uebernahme durch den Erwerber auf dessen Name und Rechnung, und auch das Urteil wird auf seinen Namen ausgestellt. Es äussert seine Wirkungen demzufolge nur noch für und gegen den Erwerber. Allerdings haftet der Erwerber neben dem Veräusserer solidarisch für die bis zum Parteiwechsel aufgelaufenen Kosten.<sup>2</sup> Für künftige Kosten haftet der Erwerber nur noch allein.<sup>3</sup>

#### E. Die Stellung des Veräusserers nach der Uebernahme des Prozesses durch den Erwerber

Mit dem Eintritt des Erwerbers des Streitobjektes in den Rechtsstreit als Partei scheidet der Veräusserer aus seiner Parteistellung aus. Ohne dass eine Beendigung des Verfahrens stattfindet, verliert er seine Parteieigenschaft, und der begonnene Prozess wird vom Erwerber weitergeführt. Eine Erstreckung der Urteilswirkung auf den Veräusserer ist undenkbar, da dieser weder Partei noch Rechtsnachfolger einer Partei ist.<sup>4</sup> Nach dem Ausscheiden besteht für den Veräusserer keine Möglichkeit mehr, in selbständiger Weise auf den nun zwischen Prozessgegner und Erwerber geführten Rechtsstreit einzuwirken. Er hätte allerdings die Möglichkeit, sofern er ein rechtliches Interesse am Ausgang des Prozesses zu bescheinigen vermag, als Nebenintervenient am Verfahren teilzunehmen.<sup>5</sup> Ein solches Interesse nachzuweisen, wird immer dann ein leichtes sein, wenn für den Fall, dass der Erwerber den Prozess verliert, der Veräusserer Gewährleistungsansprüche zu befürchten hat.<sup>6</sup> Möglich oder wahrscheinlich wäre anderseits eine Streitverkündung des Erwerbers an den Veräusserer, da die hierfür notwendige Voraussetzung, nämlich das Vorliegen von Rückgriffsrechten<sup>7</sup> im Fall des Unterliegens im Prozess, wohl in den meisten Fällen gegeben sein dürfte.

<sup>1</sup> Vgl. Guldener I, S.335/36; ZH § 49 Abs.3 ZPO; Sträuli/Messmer, § 49 N 15; Bischofberger, S.89.

<sup>2</sup> AR Art.58 Abs.1, letzter Satz, ZPO.

<sup>3</sup> SG Art.141 Abs.2 ZP, ZH § 67 Abs.2 ZPO.

<sup>4</sup> Inwieweit der Veräusserer allerdings dem Erwerber gegenüber für seine Prozessführung verantwortlich wird, ist eine Frage des Innenverhältnisses zwischen Veräusserer und Erwerber.

<sup>5</sup> Ueber die Nebenintervention vgl. oben, S.136 ff.

<sup>6</sup> Z.B. aus Art.171 ff., 192 ff.u. 248 OR.

<sup>7</sup> AR Art.54 ZPO, SG Art.111 ZP, ZH § 46 ZPO.

## § 12 DIE UNENTGELTLICHE RECHTSPFLEGE<sup>1</sup>

=====

### I. ZWECK UND INHALT

Der Staat als Garant der persönlichen Rechte hat seinen Bürgern Schutz und Hilfe durch die Rechtsprechung zu gewähren, wenn er als Wahrer und Vermittler in den Interessenskonflikt zweier Parteien eingreifen muss. Wird er um Schutz angegangen, so hat er die richterliche Tätigkeit jedem Bürger ohne Ansehen des Standes und der Person zur Verfügung zu stellen. Da aber das Verfahren vor den staatlichen Gerichten in den meisten Fällen mit hohen Kosten verbunden ist, wäre der Rechtsschutz des Staates nur dem bemittelten Bürger zugänglich. Dieser Diskriminierung ist der Gesetzgeber insofern entgegengetreten, als er dem Unbemittelten in bestimmten Fällen weitgehende finanzielle Erleichterungen gewährt, so dass diesem ebenfalls die Möglichkeit offen steht, den Schutz der Gerichte in Anspruch zu nehmen. Die Erleichterungen bestehen vor allem etwa im Verzicht auf die Erbringung von Prozesskostenvorschüssen, in der Stundung bzw. im gänzlichen Erlass der Gerichtsgebühren und anderer, mit dem Prozess allfällig verbundener Kosten. Wenn der Unbemittelte im weiteren gar nicht in der Lage ist, seine Interessen vor Gericht selbst gehörig wahrzunehmen, so kann ihm von Amtes wegen ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben werden.

Durch die unentgeltliche Rechtspflege wird jedem Bürger im weitesten Sinne das rechtliche Gehör gewährt und die ihm durch Art. 4 der BV garantierte materielle Rechtsgleichheit auch in formeller Hinsicht gesichert.<sup>2</sup> Sofern die Voraussetzungen gegeben sind, hat der Unbemittelte gegenüber den Rechtspflegeorganen einen klagbaren Anspruch auf die Erteilung des "Armenrechts".<sup>3</sup> Wird sein Gesuch abgelehnt, so steht ihm ein Rechtsmittelverfahren zur

---

<sup>1</sup> AR Art. 78 ff. ZPO, SG Art. 156 ff. ZP, ZH § 84 ff. ZPO.

<sup>2</sup> Die notwendige Folge davon ist die Möglichkeit einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bg gemäss Art. 87 B-OG, wegen Verletzung von Art. 4 BV infolge Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

<sup>3</sup> BGE 69 I 159, 78 I 195, 95 I 415 E. 2, 98 Ia 341 E. 1, 99 Ia 327 E. 2 u. 439 E. 2, 100 Ia 113.

Verfügung.<sup>1</sup> Diese Möglichkeit des Unbemittelten, die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege auch durch Klage geltend zu machen und damit einen Rechtsanspruch durchzusetzen, macht das Armenrecht zu einem subjektiven öffentlichen Recht.

Mit der Erteilung des Armenrechts wird der Gesuchsteller von Gerichtskosten und Gerichtsgebühren befreit.<sup>2</sup> Die Erteilung des Armenrechts ist im Kanton St. Gallen Sache des Justizdepartementes, im Kanton Appenzell Ausserrhoden der Justizdirektion, also der Verwaltungsbehörden. Hier wird im Gegensatz zum Kanton Zürich, wo die Entscheidung beim zuständigen Gericht liegt, der verwaltungsrechtliche Charakter des Armenrechtsverfahrens besonders deutlich.<sup>3</sup>

## II. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ERTEILUNG DER UNENTGELTLICHEN RECHTSPFLEGE NACH KANTONALEM RECHT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER EIDGENÖSSISCHEN INSTANZEN

---

### A. Vorbemerkung

---

Das gleiche Recht jedes Bürgers auf Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes für einen nicht zum vorneherein aussichtslosen privatrechtlichen

---

<sup>1</sup> Wenn für den Armenrechtsentscheid ein Gerichtsorgan zuständig ist, die Rechtsmittel des Prozessrechts. Gegen den Entscheid einer Verwaltungsbehörde dagegen ist eine verwaltungsrechtliche Beschwerde zu erheben. Vgl. unten, S. 187.

<sup>2</sup> Vgl. AR Gesetz betr. Erhebung von Staatsgebühren durch die richterlichen und administrativen Behörden im Kt. Appenzell A.-Rh.: BGS Nr. 420 Art. 2.

<sup>3</sup> M.E. ist aus Gründen der Prozessökonomie die zürcherische Lösung vorzuziehen. Einmal ist das Gericht besser in der Lage, die Aussichtslosigkeit eines Prozesses zu beurteilen, und zum andern ist die Verwaltungsbehörde zur Abklärung der Bedürftigkeit des Gesuchstellers doch auf die Auskünfte der Gemeinde angewiesen. Eine wesentliche Mehrbelastung der Gerichte wäre deshalb nicht zu befürchten, zumal im Kt. Appenzell A.-Rh. ohnehin regelmässig eine Vernehmlassung des Gerichtes eingeholt wird. Es wäre sicher auch vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus wünschenswert, wenn die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls vom zuständigen Gericht und nicht von einer sonst am Verfahren unbeteiligten Behörde entschieden würde.

Anspruch ist im Grundsatz der Rechtsgleichheit begründet. Die Bewilligung zur unentgeltlichen Rechtspflege ermöglicht einem Bedürftigen, sofern seine Streitsache nicht aussichtslos ist, die Durchführung aller prozessualen Handlungen, welche für die Herbeiführung eines materiellen Urteils erforderlich sind.<sup>1</sup> Unmittelbar aus Art. 4 BV ergibt sich auch die Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Damit soll verhindert werden, dass der Unbemittelte infolge Unkenntnis der Formvorschriften des Verfahrens oder aus Unvermögen, die Sache richtig zu vertreten, gegenüber demjenigen schlechter gestellt ist, der mit dem Gang des Verfahrens besser vertraut oder durch einen Rechtsanwalt vertreten ist.<sup>2</sup>

Das Armenrecht muss sich aber auch auf die Rechtsmittelinstanz oder auf ein notwendig werdendes Beweisverfahren erstrecken, damit der Unbemittelte in jedem Fall die Möglichkeit hat, seinen nicht aussichtslosen Anspruch bis zu einem eventuellen Erfolg zu verfechten.<sup>3</sup>

Die bundesrechtlichen Vorschriften bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege sind nur Minimalanforderungen. Die Hoheit der Kantone auf dem Gebiet der Prozessgesetzgebung und der Zivilrechtspflege gibt ihnen die Befugnis, die vom Bundesrecht gestellten Anforderungen zu erweitern und zu konkretisieren.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BGE 57 I 343 E. 2, 62 I 1 E. 1.

<sup>2</sup> Kein Bedürfnis auf einen Rechtsbeistand besteht im Untersuchungsverfahren, d. i. dort, wo der Tatbestand von Amtes wegen erforscht werden muss, z. B. im Scheidungsverfahren; BGE 64 I 1 ff.

<sup>3</sup> Die ausserrhodische ZPO sieht allerdings vor, dass für die Ergreifung eines Rechtsmittels ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden muss, und im Kanton Zürich kann die Rechtsmittelinstanz neu über das Armenrecht im Rechtsmittelverfahren entscheiden; § 90 Abs. 2 ZPO.

<sup>4</sup> BGE 64 I 1 ff. Es ist deshalb auch nach Meinung von Jenny zulässig, wenn Art. 79 Abs. 1 der ausserrhodischen ZPO teilweises Armenrecht vorsieht, d. h. entweder für die Rechtskosten und Gebühren oder für die Bestellung eines Rechtsbeistandes, da die Garantie der Rechtsgleichheit keinen unmittelbaren Anspruch auf Befreiung von Prozesskostenauflagen überhaupt beinhaltet.

## B. Hinsichtlich der Person

### 1. Natürliche Person

Da das Armenrecht nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung nur an natürliche Personen erteilt werden kann, muss der Gesuchsteller eine natürliche Person sein. Dies geht aus den Formulierungen in den einzelnen Zivilprozessordnungen hervor. Art. 78 der ausserrhodischen ZPO spricht von Kantonseinwohnern. Ebenso ist das st. gallische Zivilrechtspflegegesetz in Art. 156 auf natürliche Personen zugeschnitten; es spricht von "Lebensunterhalt für sich und seine Familie". Auch das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung auf juristische Personen abgelehnt.<sup>1</sup> Wollte man die Rechtswohltat der unentgeltlichen Rechtspflege auch juristischen Personen gewähren, so müsste dies auf dem Wege einer Gesetzesänderung geschehen.<sup>2</sup>

### 2. Die Bedürftigkeit des Gesuchstellers

Um in den Genuss des Armenrechts zu kommen, muss eine Partei bedürftig sein. Die Bedürftigkeit ist von der entscheidenden Behörde zu überprüfen. Allerdings darf diese Bedürftigkeit nicht vollkommener Mittellosigkeit oder gar Armengenössigkeit gleichgesetzt werden. Aus den inhaltlich mehr oder weniger übereinstimmenden Formulierungen der einzelnen Zivilprozessordnungen muss Bedürftigkeit im Sinne dieser Gesetze dann angenommen werden, wenn eine Partei oder ihre unterhaltspflichtigen Verwandten nicht imstande sind, "ohne Beschränkung des notwendigen Lebensunterhalts für sich

---

<sup>1</sup> BGE 88 II 386.

<sup>2</sup> Ebenso kann die unentgeltliche Rechtspflege auch einer Konkursmasse nicht gewährt werden; BGE 61 III 170. In SJZ 27, S. 103, wird aber m.M. nach zu Recht die Ansicht vertreten, dass Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die unentgeltliche Rechtspflege eingeräumt werden müsste, wenn hinsichtlich der unbeschränkt haftenden Gesellschafter die allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind. Ebenso Jenny, S. 45.

und ihre Familie die Kosten eines Prozesses zu bestreiten".<sup>1</sup>

Was für den Lebensunterhalt als notwendig erachtet werden muss, geht aus den Gesetzen nicht hervor. Es ist vielmehr dem Ermessen der zuständigen Behörde anheimgestellt und kann nur anhand der Rechtsprechung etwas näher umschrieben werden. Als sicher darf einerseits angenommen werden, dass nicht der notwendige Lebensunterhalt im Sinne des Existenzminimums von Art.93 SchKG gemeint ist, andererseits darf aber dem Gesuchsteller eine gewisse Einschränkung des normalen Lebensstandards durchaus zugemutet werden.

Nach zürcherischer Praxis kann beispielsweise die Bewilligung erteilt werden, wenn eine Partei nur geringes Vermögen besitzt und ein kleines Einkommen hat, so dass sie durch die Bezahlung der Prozesskosten (Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse) noch mehr eingeschränkt würde oder gezwungen wäre, auf ihre kleinen Ersparnisse zu greifen. Um die Bedürftigkeit abklären zu können, ist die um das Armenrecht nachsuchende Partei verpflichtet, auf Verlangen rückhaltslos über ihre Vermögensverhältnisse Aufschluss zu geben.<sup>2</sup>

Massgebend sind für den Einzelfall die augenblicklichen Verhältnisse. Es gilt auch abzuklären, wie gross die Vorschusszahlung ist, die im Prozessverfahren für Gerichts- und Anwaltskosten gefordert wird, und weiter, ob für die nachsuchende Partei neben den Kosten für ihren eigenen Unterhalt und andere fällige Verpflichtungen noch genügend übrig bleibt, um die

---

<sup>1</sup> Vgl. AR Art.78 ZPO, SG Art.156 ZP, ZH § 84 ZPO. BGE 101 II 23 f.: Bei der Abklärung der Bedürftigkeit dürfen die im Betreibungsrecht aufgestellten Regeln über den Notbedarf herangezogen werden. Die auf diese Weise ermittelten Beträge stellen indessen ein Minimum dar. Verschiedene Gerichte haben deshalb Richtlinien für die Ermittlung der "Prozessarmut" festgelegt, um die Praxis für die Abklärung der Voraussetzungen des Armenrechts zu vereinheitlichen, so z.B. der Appellationshof des Kantons Bern; vgl. ZBJV 111, S.345f.

<sup>2</sup> ZR 54 Nr.112. In ZR 72 Nr.118 hat das Zürcher Obergericht in anderem Zusammenhang den Notbedarf für eine geschiedene Frau mit vier Kindern auf Fr.1'530.-- und für den geschiedenen Ehemann auf Fr.1'100.-- pro Monat ermittelt. Hätten die Parteien also nur ein Einkommen, das ihren Notbedarf deckt, so müsste ihnen zweifellos die Rechtswohltat der unentgeltlichen Rechtspflege gewährt werden.

Sicherheit, allenfalls in Raten, erbringen zu können. Es kommt auf die Mittel an, die dem Gesuchsteller tatsächlich zur Verfügung stehen. Irrelevant ist dabei auch, ob die Unfähigkeit zur Bestreitung der Prozess- und Anwaltskosten auf ein Verschulden zurückzuführen ist oder nicht.<sup>1</sup> Bei der Bestimmung der Bedürftigkeit der mittellosen Partei muss allerdings berücksichtigt werden, dass der Ehemann Vermögen und Einkommen hat.<sup>2</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht die Beistands- und Beitragspflicht aus Familienrecht<sup>3</sup> der Bewilligung des Armenrechts vor.

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass jeder einzelne Fall individuell geprüft werden muss, und zwar unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Verhältnisse des Gesuchstellers. So sind beispielsweise zu berücksichtigen: die Wirtschaftslage, die Einkommensverhältnisse im betreffenden Wirtschaftszweig, Einkommenseinbusse bedingt durch Teilzeitarbeit (Rezession), Alter und Gesundheitszustand des Gesuchstellers, Grösse der zu unterhaltenden Familie, eventuelle Unterstützungspflichten gegenüber Verwandten, ob der Gesuchsteller in ländlichen oder städtischen Verhältnissen lebt, etc. Ein gewisses finanzielles Opfer aber darf von jeder Prozesspartei erwartet werden. Das Armenrecht ist deshalb zu verweigern, wenn die Zahlung der Kosten trotz der damit verbundenen finanziellen Opfer möglich und zumutbar erscheint. Allerdings müsste die unentgeltliche Rechtspflege erteilt werden, wenn Gefahr bestünde, dass die Partei und ihre Familie wegen der Zahlung der Prozesskosten auch nur vorübergehend der öffentlichen Fürsorge anheimfallen würde. Dies läge ja auch nicht im Interesse des Staates.<sup>4</sup>

Für die Bewilligung kann es genügen, wenn der Gesuchsteller in gekündigter

---

<sup>1</sup> BGE 58 I 292.

<sup>2</sup> BGE 85 I 4, 72 I 148 ff.

<sup>3</sup> Nach BGE 85 I 44 ff. besteht diese Unterstützungspflicht auch für die Kosten der vermögensrechtlichen Prozesse; vgl. Sträuli/Messmer, § 84 N 3; BGE 85 I 4 E. 3; ZR 72 Nr. 25 u. Nr. 115.

<sup>4</sup> ZR 36 Nr. 52a. Es wäre auch unverständlich, wenn der Staat einerseits die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verweigern würde, der gleiche Staat aber andererseits die Familie unterstützen müsste, weil diese infolge hoher Prozesskosten armengenössig geworden ist.

Stellung ist, keine weiteren Mittel besitzt und innert nützlicher Frist keine neue Stelle finden kann,<sup>1</sup> was heute eher möglich ist als in Zeiten der Hochkonjunktur. Namhafte Abfindungssummen in einer Haftpflichtsache dürfen nicht als verfügbare Mittel in diesem Sinne betrachtet werden, da die Haftpflichtentschädigung in der Regel dem Verunfallten nur den Schaden ersetzen soll, der ihm durch den Unfall entstanden oder zugefügt worden ist. Die Vergütung dient lediglich dem Ausgleich der erlittenen bzw. zugefügten Benachteiligung und ist keine Verbesserung der Vermögensverhältnisse.<sup>2</sup>

Bei der Beurteilung der Vermögenslage muss für das Armenrecht genügen, dass der Gesuchsteller kein bekanntes Vermögen besitzt oder dass sein Vermögen keinen Aktivüberschuss aufweist, der für die Bestreitung des Verfahrens verwendet werden könnte.

Setzt sich das Aktivvermögen aus Liegenschaften zusammen, so ist m.E. zu unterscheiden, ob diese Liegenschaften eine reine Kapitalanlage des Gesuchstellers darstellen, oder ob es sich um ein landwirtschaftliches Heimwesen handelt, das für den Eigentümer und dessen Familie die wesentliche Existenzgrundlage bildet. Im ersten Fall darf dem Gesuchsteller sicher zugemutet werden - sofern dies ohne längeres Rechtsverfahren möglich ist -, seine Liegenschaft in Geld umzusetzen; im andern Fall kann er m.E. nicht gezwungen werden, seine Liegenschaft durch Pfandsetzung zu überschulden.<sup>3</sup> Ist dagegen ein bäuerliches Heimwesen nicht mit Pfandforderungen überbelastet, so ist das Armenrecht zu verweigern, wenn es dem Eigentümer möglich ist, die notwendigen Geldbeträge durch Pfandsetzung innert angemessener Frist vor der Hauptverhandlung aufzubringen. Müsste hingegen die Liegenschaft verkauft werden, um die notwendigen Mittel für den Prozess freimachen zu können, so muss m.M. nach die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden.

---

<sup>1</sup> ZR 42 Nr. 44d.

<sup>2</sup> ZR 37 Nr. 56.

<sup>3</sup> Dies aus der gleichen Ueberlegung heraus wie oben, S. 178, Anm. 4. Es kann nicht im Interesse des Staates liegen, dass der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebes, der aus einem Prozessverfahren entstandenen Schulden wegen um Entschuldung gemäss BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen nachsuchen muss (SR 211.412.12).

## C. Hinsichtlich der Sache

### 1. Die Aussichtslosigkeit der Streitsache

Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege soll nach den einzelnen Prozessgesetzen nur erteilt werden, wenn aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung des Tatbestandes wie auch des Rechtsstandpunktes die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Verteidigung nicht offensichtlich aussichtslos oder mutwillig erscheint. Mit der "Zulassungsprüfung" soll verhindert werden, dass die Unentgeltlichkeit zu trölerischer und mutwilliger Prozessführung missbraucht wird.<sup>1</sup> Die Aussichtslosigkeit kann sowohl in der Person,<sup>2</sup> oder in der Form des Gesuches,<sup>3</sup> als auch in der Aussichtslosigkeit hinsichtlich der rechtlichen und tatsächlichen Situation liegen.

Bei der Beurteilung der Streitsache auf ihre Aussichtslosigkeit hin ist Vorsicht geboten, da mit einer Bewilligung oder auch mit einer Verweigerung des Armenrechts das Urteil des Richters präjudiziert werden kann. Die Aussichtslosigkeit muss sich schon bei einer vorläufigen Prüfung des Falles objektiv eindeutig ergeben, d.h. der Anspruch auf die Rechtsverfolgung muss von Anfang an unbegründet oder unzulässig erscheinen.<sup>4</sup>

Das Bundesgericht verlangt im Entscheid BGE 26 I 274, dass die Aussichtslosigkeit "in die Augen springen müsse", was m.E. umgekehrt bedeutet: Das Armenrecht ist zu bewilligen, wenn nur irgendeine Erfolgsmöglichkeit besteht. In einem späteren Entscheid<sup>5</sup> hat dann das oberste Gericht

---

<sup>1</sup> Vgl. Sträuli/Messmer, § 84 N 5 ZPO.

<sup>2</sup> Wenn die Partei vom Armenrecht ausgeschlossen ist, wie beispielsweise eine jur. Person.

<sup>3</sup> Wenn z.B. die vorgeschriebene Schriftlichkeit des Armenrechtsgesuches nicht eingehalten wurde; wobei m.E. ein mangelhaftes Gesuch zu beanstanden und eine Frist für die Einreichung eines neuen formgerechten Gesuches anzusetzen ist.

<sup>4</sup> Z.B. eine Administrativsache wird als Rechtssache verfolgt, die Klageeinleitung ist unbegründet oder unzulässig. BGE 21, S.373 f., Anrufung eines unzuständigen Gerichts; Sträuli/Hauser, § 81 N 8 ZPO, SJZ 32, S.235.

<sup>5</sup> BGE 69 I 158 ff.

ergänzend ausgeführt: Eine Aussichtslosigkeit sei dann anzunehmen, wenn die Gewinnaussichten gegenüber den Verlustgefahren stark zurücktreten, so dass ein vermöglicher Bürger im Hinblick auf das Kostenrisiko den Prozess verständlicherweise nicht führen würde.<sup>1</sup> Nach herrschender Lehre und Praxis ist das Armenrecht grundsätzlich zu erteilen, wenn die Gewinnaussichten den Verlustgefahren ungefähr die Waage halten, ja auch dann, wenn letztere sogar etwas überwiegen.<sup>2</sup>

## 2. Die Mutwilligkeit der Prozessführung

Das st.gallische ZP nennt ausdrücklich das Fehlen der Mutwilligkeit - neben der Aussichtslosigkeit - als weitere Voraussetzung für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.<sup>3</sup>

Die Mutwilligkeit steht in einem inneren Zusammenhang mit der Aussichtslosigkeit. Ein Prozess muss z.B. als mutwillig angesehen werden, wenn die Klage trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit anhängig gemacht wird, während umgekehrt eine mutwillige Klage eo ipso aussichtslos ist. M.a.W., die Aussichtslosigkeit ergibt sich aus dem rechtlichen und tatsächlichen Inhalt der Klage, während die Mutwilligkeit die Art des Vorgehens der Partei, das subjektive Moment, erfasst.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ZBJV 73, S.184; ZR 58 Nr.83, 69 Nr.29 = SJZ 66, S.73, Nr.33.

<sup>2</sup> Guldener I, S.380 Anm.5; Sträuli/Messmer, § 84 N 5; Jenny, S.77; BGE 100 Ia 118, 99 Ia 327 E.2, 439 E.2, 98 Ia 342, 95 I 415, 89 I 2 ff. u. 161 mit Verweisungen. ZR 50 Nr.8, 36 Nr.191: Lassen die Rechtsbegehren auch nur zu einem kleinen Teil die Möglichkeit eines Erfolges offen, so kann der Prozess nicht in vollem Umfang als aussichtslos gelten. Das Armenrecht ist in solchen Fällen auf die nicht aussichtslosen Begehren zu beschränken.

Nach BGE 100 Ia 118 sind bei der Prüfung der Prozessaussichten auch Einreden der Gegenpartei zu berücksichtigen, mit denen wahrscheinlich zu rechnen ist, z.B. die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes.

<sup>3</sup> SG Art.157 Abs.3 ZP.

<sup>4</sup> SJZ 38, S.316, Nr.153; BGE 100 II 307 ff.: In diesem Entscheid hat das Bg die Prozessführung des Beklagten als mutwillig angesehen, da dieser versuche, seit mehr als 10 Jahren, sich mit haltlosen Ausreden einer klaren Rechtspflicht zu entziehen.

Beispiele:

- Eine Prozessführung der Armenrechtspartei muss als mutwillig angesehen werden, wenn eine vermögliche Partei bei verständiger Würdigung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Umstände von einer Prozessführung absehen würde.<sup>1</sup>
- Mutwilligkeit liegt vor, wenn eine Forderung, die auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann, im ordentlichen Prozessweg eingeklagt wird.<sup>2</sup>
- Die Abtretung einer Forderung an einen Unbemittelten, nur um sie durch diesen im Armenrecht eintreiben zu lassen, ist nicht mutwillig, sondern rechtsmissbräuchlich und findet deshalb keinen Rechtsschutz.

D. Hinsichtlich des Verfahrens

Die unentgeltliche Rechtspflege wird nicht erteilt für die Verfahren nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.<sup>3</sup> Dies ist gerechtfertigt in Anbetracht der nicht sehr hohen Kosten und Gebühren des SchKG-Verfahrens, welche durch den Gebührentarif auf Bundesebene geregelt sind.<sup>4</sup>

Im übrigen ist die unentgeltliche Prozessführung in allen Gebieten der staatlichen Zivilrechtspflege anwendbar, also auch im summarischen und nichtstreitigen Verfahren, nicht aber für den Prozess vor einem Schiedsgericht.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> BGE 69 I 160 E.2.

<sup>2</sup> Vgl. Jenny, S. 79 und dort zit. Literatur und Judikatur.

<sup>3</sup> BGE 55 I 365 ff.

<sup>4</sup> SR 281.35, Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971.

<sup>5</sup> ZR 35 Nr.140, 36 Nr.8; da die Schiedsgerichte keine "staatlichen Gerichte" sind, haben die Parteien in solchen Verfahren keinen Anspruch auf Armenrecht.

### III. DAS VERFAHREN FÜR DIE ERLANGUNG DER RECHTSWOHLTAT DER UNENTGELTLICHEN RECHTSPFLEGE

---

#### A. Das Gesuch um Armenrecht

---

##### 1. Form

---

Der Unbemittelte muss für die Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich ein Gesuch stellen. Dieses ist im Kanton St. Gallen beim Bezirksamt des Wohnsitzes oder des Gerichtsstandes des Gesuchstellers einzureichen, im Kanton Appenzell Ausserrhoden bei der Justizdirektion und im Kanton Zürich beim zuständigen Gericht.<sup>1</sup> Das Gesuch ist gesondert zu stellen und ist nicht identisch mit der Anhängigmachung der Klage.<sup>2</sup>

Mit dem Antrag macht der Gesuchsteller einen öffentlichrechtlichen Anspruch gegenüber dem Staat geltend, wodurch er sich für den bevorstehenden Prozess Befreiung von Kosten und eventuell einen unentgeltlichen Rechtsbeistand erhofft.<sup>3</sup> Die Form des Gesuches ist in den Kantonen sehr verschieden geregelt. Grundsätzlich dürfte Schriftlichkeit verlangt werden. Die Zivilprozessordnung von Appenzell A.-Rh. bestimmt dies ausdrücklich.<sup>4</sup> Nach Sträuli/Messmer muss auch ein formloses Gesuch gültig sein, z. B. mit Einreichung eines Zeugnisses zur Erlangung der unentgeltlichen Prozessführung.<sup>5</sup> Dagegen muss ein Gesuch um Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters als solches gekennzeichnet sein und sich deutlich von einem solchen um unentgeltliche Prozessführung unterscheiden.<sup>6</sup> Wie aus

---

<sup>1</sup> AR Art. 83 ZPO, SG Art. 157 ZP, ZH § 84 ZPO.

<sup>2</sup> Unklarheiten, ob ein Gesuch gestellt wurde, könnten höchstens im Kt. Zürich entstehen, wo für Klageeinleitung und für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege die gleiche Stelle zuständig ist. In den Kantonen St. Gallen und Appenzell A.-Rh., in welchen für das Bewilligungsverfahren des Armenrechts eine Verwaltungsbehörde vorgesehen ist, dürften sich diesbezüglich wohl kaum Probleme stellen.

<sup>3</sup> BGE 57 I 343 ff. E. 2 u. 3.

<sup>4</sup> AR Art. 83 ZPO.

<sup>5</sup> ZR 39 Nr. 145, BGE 61 I 235; Sträuli/Messmer, § 90 N 1.

<sup>6</sup> ZR 72 Nr. 19 E. 4 = SJZ 69 S. 290.

dem Protokoll der kantonsrätlichen wie auch der Expertenkommission hervorgeht, hat im Kanton Zürich eine Partei, die kein Gesuch stellt, keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, was aber nicht ausschliesst, dass sie von Amtes wegen gewährt werden kann.

Im Kanton St.Gallen steht es dem Petenten frei, das Gesuch mündlich oder schriftlich einzureichen. Tut er es mündlich, so wird er durch das Bezirksamt einlässlich zu Protokoll einvernommen. Anhand dieses Protokolls wird ein Gutachten erstellt und dieses mit dem Gesuch, einem Zeugnis über die Mittellosigkeit und allfälligen weiteren Akten dem Justizdepartement zur Ueberprüfung zugestellt.

## 2. Inhalt

Art.83 der ausserrhodischen ZPO verlangt, dass ein Gesuch eine kurze Begründung des Falles beinhalten muss, eventuell unter Beilage weiterer Akten. Unter "Akten" dürfte die amtliche Bescheinigung des Gemeinderates der Wohngemeinde gemeint sein, mit welcher die Mittellosigkeit nachgewiesen wird.<sup>1</sup> Eine gesetzliche Normierung, nach welchen Gesichtspunkten die Bedürftigkeit ermittelt und bescheinigt werden soll, besteht in den kantonalen und eidgenössischen Bestimmungen nicht. Wenn die Bescheinigungen der Gemeindeämter, die ja in den meisten Fällen aufgrund der Angaben des Antragstellers ausgestellt werden, Zweifel über die Stichhaltigkeit der Begründung des Gesuches offen lassen, so hat die Bewilligungsbehörde das Recht, selber Erhebungen vorzunehmen. Der Kanton Zürich verlangt, dass dem Gesuch wenigstens eine steueramtliche Bescheinigung der Mittellosigkeit beigelegt wird.<sup>2</sup> Ein Steuerausweis dürfte wohl auch in den andern Kantonen mit Vorteil als Beweisurkunde für die Mittellosigkeit zu den Akten

---

<sup>1</sup> Vgl. SG Art.156 ZP. Die Zürcher ZPO gibt in § 84 Abs.2 dem Gericht die Möglichkeit, vom Gesuchsteller Ausweise zu verlangen, ihn über seine Verhältnisse sowie über seine Angriffs- und Verteidigungsmittel einzuvernehmen und auch den Prozessgegner anzuhören. In ZR 55 Nr.109 hat das Obergericht entschieden, dass auch ein unangemeldeter Augenschein zur Abklärung der Verhältnisse zulässig sei.

<sup>2</sup> ZR 39 Nr.145.

eingefordert werden.<sup>1</sup>

Mit dem Gesuch und der Darstellung der Streitsache soll der Prüfungsbehörde die Möglichkeit gegeben werden, sich ein zuverlässiges Bild über die Prozessaussichten zu machen.<sup>2</sup>

## B. Der Zeitpunkt für die Einreichung des Gesuches

Im Kanton Zürich kann nach § 90 ZPO das Gesuch um Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung jederzeit, bis zur Erledigung des Prozesses, gestellt werden.<sup>3</sup> Nach den Formulierungen der entsprechenden st. gallischen und ausserrhodischen Gesetzesbestimmungen trifft dies auch für diese beiden Kantone zu.<sup>4</sup> Da die Wirkungen des Armenrechts grundsätzlich aber nur in die Zukunft gerichtet sind, erhält eine Partei für eine allfällig vorher geleistete Prozesskaution keinen Anspruch auf Rückerstattung.<sup>5</sup> Das Gesuch ist deshalb spätestens vor Beendigung des Verfahrens in der Instanz, für welche der Kostenerlass verlangt wird, d.h. noch vor der Schlussverhandlung, einzureichen. In den meisten Fällen wird denn auch die Zuerkennung des Armenrechts zu Beginn des Prozesses verlangt. Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen hat in seiner Entscheid vom 26. April 1960<sup>6</sup> festgestellt, dass ein zur Unzeit gestelltes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege keinen Anspruch auf materielle Behandlung habe.<sup>7</sup> Stellt eine Partei das Gesuch im Laufe des Verfahrens, nachdem sie bereits schon Gebühren und Kosten bezahlt hat, so ist für die Gewährung

---

<sup>1</sup> Im Kt. Appenzell A.-Rh. ist dies Praxis.

<sup>2</sup> BGE 38 I 116.

<sup>3</sup> Dies hat das Bg in BGE 57 I 343 ff. bestätigt. Meistens dürfte dies mit, oder in der Klageschrift geschehen.

<sup>4</sup> AR Art. 79 ZPO, SG Art. 158 ZP.

<sup>5</sup> ZR 53 Nr. 46, 40 Nr. 132 a.

<sup>6</sup> GVP 1960 Nr. 85.

<sup>7</sup> Als "unzeitig" hat der Regierungsrat ein Gesuch zurückgewiesen, das so knapp vor der Hauptverhandlung gestellt wurde, dass die Bewilligungsinstanz objektiv ausserstande war, vor Beendigung des gerichtlichen Verfahrens die Prozessaussichten des Gesuchstellers zu prüfen.

des Armenrechts Bedingung, dass sich die ökonomischen Verhältnisse im Laufe des Prozesses zu Ungunsten des Gesuchstellers verändert haben. Wie aus einem Urteil des Bg hervorgeht, genügt für die Stellung eines nachträglichen Gesuches die Ausdehnung des Prozesses auf einen Umfang, bei welchem der Partei wegen ihrer Vermögens- und Erwerbslage weitere Vorschüsse nicht mehr zugemutet werden können.<sup>1</sup>

Beispiel: In einem Forderungsprozess betr. Bauabrechnung für Haus und Scheune bestreitet der Grundeigentümer und Bauherr die Höhe der Schlussabrechnung, da der Bau nicht gemäss Offerte erstellt worden sei und sich schon kurz nach Fertigstellung erste Mängel zeigten. Ein erster Beweiskostenvorschuss für die beantragte Expertise wurde vom Bauherr geleistet. Der mit dem Gutachten beauftragte Sachverständige beantragt aber schon nach kurzer Zeit einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 10'000.--, da die Arbeiten für die Expertise ein nicht voraussehbares Ausmass annehmen würden. Da der Beklagte durch den Bau seines Hauses in Schulden geraten, und eine weitere Belastung der Liegenschaft nicht mehr möglich ist, der Prozess für ihn aber nicht aussichtslos erscheint, kann ihm die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden.

Wird gegen den Entscheid in der Streitsache ein Rechtsmittel ergriffen, so verlangen die meisten Kantone die Einreichung eines neuen Armenrechtsgesuches für das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz. In Zürich braucht bei einem Weiterzug des Gerichtsentscheides an eine höhere Instanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht neu gestellt zu werden. Der Berufungsinstanz steht es jedoch nach § 90 Abs. 2 ZPO frei, für das bei ihr durchzuführende Verfahren einen selbständigen Entscheid zu treffen.<sup>2</sup>

Der Entscheid über die Bewilligung des Armenrechts ist innert nützlicher Frist zu fällen. Er erfolgt in Form einer Verfügung oder, wenn ein Kollegium entscheidet, in Form eines Beschlusses.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BGE 60 I 183.

<sup>2</sup> Sträuli/Messmer, § 90 N 3: "z.B. die Bewilligung auf diejenigen Anträge beschränken, die nicht als aussichtslos erscheinen (ZR 36 Nr. 191, 57 Nr. 51)".

<sup>3</sup> SJZ 72, S. 349. Wie die erste Rekurskammer des Kantonsgerichtes Schwyz im Entscheid vom 29. November 1975 feststellte, genügt es nicht, wenn

#### IV. RECHTSMITTEL GEGEN DEN ARMENRECHTSENTSCHEID

##### A. Kantonale Rechtsmittel

In den drei Kantonen, auf deren Prozessordnungen in dieser Arbeit Bezug genommen wird, steht dem Gesuchsteller bei einem abschlägigen Armenrechtsentscheid ein kantonales Rechtsmittel zur Verfügung. In Appenzell A.-Rh. und in St.Gallen steht dem Petenten der Rekurs an den Gesamtregierungsrat zu; in Zürich ist der Rekurs gemäss § 271 Ziff. 5 ZPO an die Rekursinstanz möglich. Eventuell ist die kantonale Nichtigkeits- (Kassations-) Beschwerde wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs im Sinne von § 282 Ziff. 1 der zürcherischen ZPO zulässig.<sup>1</sup>

##### B. Bundesrechtliche Rechtsmittel

Gegenüber Entscheidungen des Gesamtregierungsrates steht dem abgewiesenen Gesuchsteller auch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen, wegen Verletzung von Art. 4 BV.<sup>2</sup> Die Ergreifung der zivilrechtlichen Beschwerde ist unzulässig, da die Verweigerung des Armenrechts keinen Entscheid zivilrechtlicher, sondern einen solchen prozessrechtlicher Natur darstellt.<sup>3</sup> Nach der Praxis des Bundesgerichtes stellen die abschlägigen Armenrechtsentscheide Zwischenentscheide dar, die für den Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben.<sup>4</sup> Voraussetzung für die staatsrechtliche Beschwerde ist aber, dass auch die ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel erschöpft sind.

---

ein Gesuch nur mit der Begründung "da die Voraussetzungen als nicht gegeben erachtet werden müssen" abgewiesen wird. Die Schwyzer ZPO schreibt eine Begründung ausdrücklich vor. M.E. sollte auch in den übrigen Kantonen ein negativer Entscheid begründet werden müssen, da der Gesuchsteller ein Recht hat zu wissen, aus welchen Gründen (formellen oder materiellen) sein Gesuch abgelehnt wurde.

<sup>1</sup> Sträuli/Messmer, § 282 N 9 und dort zit. Judikatur.

<sup>2</sup> Art. 87 B-OG.

<sup>3</sup> BGE 43 II 453, 51 I 103 ff.

<sup>4</sup> BGE 68 I 168, 71 I 386.

## V. UMFANG UND DAUER DER UNENTGELTLICHEN RECHTSPFLEGE

### A. Die Kostenbefreiung

Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes erhält die bedürftige Partei, gestützt auf Art. 4 BV, Anspruch auf die Befreiung von der Zahlung der Gerichtskosten und der Leistung von Kautionen und Barvorschüssen.<sup>1</sup> Der Gesuchsteller kann verlangen, dass der Richter, ohne Hinterlegung oder Sicherstellung von Kosten, für ihn tätig wird.<sup>2</sup> Er hat jedoch keinen unmittelbaren Anspruch darauf, mit jedem seiner Beweisanträge, die für eine eingehendere Abklärung des Sachverhaltes und zur Förderung der Rechtsfindung geeignet sind, zugelassen zu werden.<sup>3</sup> Erweist sich aber ein Beweisantrag als mutwillig oder trölerisch, so steht es den Kantonen frei, Ordnungsbusen auszufällen oder gar das Armenrecht zu entziehen. Nach einem Entscheid des Zürcher Obergerichtes<sup>4</sup> genügt allerdings die Stellung eines mutwilligen Beweisantrages nicht, um eine gänzliche Entziehung des Armenrechts zu rechtfertigen.

Der Bedürftige erhält aus Art. 4 BV ebenfalls einen Anspruch auf den Erlass der Sicherstellung der gegnerischen Prozesskosten.<sup>5</sup> Andererseits hat der Gegner aber die Möglichkeit, gegen die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege Einspruch zu erheben, wenn er ein begründetes Interesse nachweisen kann.<sup>6</sup> Ein solches muss ihm zugebilligt werden, wenn die Gegenpartei ohne das Armenrecht, z.B. gemäss § 73 der zürcherischen ZPO, kau-

---

<sup>1</sup> Z.B. Kosten für das Beweisverfahren, wie Zeugenentschädigungen und Expertisen.

<sup>2</sup> BGE 98 Ia 342. In § 85 Abs. 2 bestimmt die Zürcher ZPO, dass die Bewilligung auch nur teilweise erteilt werden und sich insbes. auf eine Befreiung von Kautionen und Barvorschüssen beschränken könne. Nach Sträuli/Messmer kann dies auch heissen, dass die aufzuerlegenden Kosten auf einen für den Gesuchsteller zumutbaren Betrag herabgesetzt werden können; vgl. § 85 N 2 und dort zit. Entscheide des Zürcher Obergerichtes.

<sup>3</sup> BGE 57 I 350 E. 3.

<sup>4</sup> ZR 33 Nr. 169.

<sup>5</sup> BGE 61 I 97 ff.

<sup>6</sup> ZR 18 Nr. 190, 33 Nr. 3, 40 Nr. 132 d), 42 Nr. 44 r). Vgl. unten, S. 193

tionspflichtig wäre, denn die Prozesskaution deckt ja auch eine der andern Partei allenfalls zukommende Prozessentschädigung. Bei Gewährung des Armenrechts würde die Gegenpartei dieser Sicherheit verlustig gehen.

In den meisten Kantonen ist die bedürftige Partei verpflichtet, dem Staat die Auslagen nach Möglichkeit später zurückzuerstatten, m.a.W.: Bei der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich nur um eine Stundung der dem Gericht erwachsenen Prozesskosten.<sup>1</sup> Kommt die mittellose Partei auf irgendeinem Weg wieder zu ausreichenden Mitteln, so sind dem Staat die Auslagen und die einstweilen erlassenen Kosten zurückzuerstatten.

## B. Der unentgeltliche Rechtsbeistand

Sofern die mittellose Partei nicht in der Lage ist, ihre Interessen im Prozess selbst gehörig wahrzunehmen, ist ihr ein Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.<sup>2</sup> In der st.gallischen und zürcherischen Zivilprozessordnung ist ausdrücklich erwähnt, dass ein unentgeltlicher Rechtsbeistand durch den Gesuchsteller beantragt werden muss. Die zuständige Armenrechtsbehörde trifft dann auch den Entscheid über die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes.<sup>3</sup> Für den schiedsgerichtlichen Prozess wird kein Armenanwalt bestellt, da das Verfahren vor diesen Gerichten nicht zur Anwendung kommen kann.<sup>4</sup>

Beispiel: Ein in rechtlichen Belangen unerfahrener, mittelloser Landwirt klagt gegen den Eigentümer des Nachbargrundstückes, eine Immobiliengesellschaft, auf Unterlassung weiterer Immissionen und Schadenersatz wegen Schädigung seines Grundstückes. Der Anwalt der Beklagten bestreitet die Passivlegitimation und macht weitere verfahrensrechtliche Einwendungen. Es muss angenommen werden, dass der einfache Landwirt mit einem solchen

---

<sup>1</sup> AR Art.82 ZPO, SG Art.163 Abs.2 ZP, ZH § 92 ZPO.

<sup>2</sup> SG Art.157 Abs.4 ZP, ZH § 87 ZPO.

<sup>3</sup> In Zürich liegt der Entscheid, unter Vorbehalt des Rekurses, beim erkennenden Richter, wobei sein Entscheid nicht von der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung abhängig ist.

<sup>4</sup> ZR 27 Nr.27, 36 Nr.8; Lutz, Art.156 N 2; vgl. auch oben, S. 182, insbes. Anm.5.

Prozess überfordert ist, und es ist ihm, auf sein Gesuch hin, ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

### C. Beendigung der unentgeltlichen Rechtspflege

#### 1. Wegfall der Voraussetzungen für die Erteilung des Armenrechts

Grundsätzlich dauert die unentgeltliche Rechtspflege solange, bis ein materieller Entscheid in der Rechtssache getroffen worden ist. Die Dauer richtet sich ferner nach dem Weiterbestehen der beiden Voraussetzungen: Bedürftigkeit der Partei und Nicht-Aussichtslosigkeit der Streitsache. Fällt eine der beiden Voraussetzungen dahin, oder stellt sich nachträglich heraus, dass eine der beiden Voraussetzungen bei der Erteilung der Wohltat nicht vorhanden gewesen war, so ist sofortige Entziehung geboten.<sup>1</sup> Die zuständige Behörde hat die Bewilligung auch zurückzuziehen, wenn sich im Laufe des Prozesses herausstellt, dass die betreffende Partei der Rechtswohltat offenbar unwürdig ist, oder den Prozess in trölerischer Weise angehoben hat.<sup>2</sup> Ein allfälliger Entzug erstreckt sich auch auf die Bewilligung des Rechtsbeistandes.

---

<sup>1</sup> In Appenzell A.-Rh. ist nach Art. 83 ZPO die Justizdirektion auf Anzeige der Gerichte hin zuständig, in St. Gallen gemäss Art. 159 Abs. 2 ZP das Justizdepartement. Nach § 91 kann das Gericht im Kanton Zürich die erteilte Bewilligung zurückziehen. Zur Abklärung, ob die Voraussetzungen noch gegeben sind, kann es im Laufe des Prozesses weitere Erhebungen anstellen. Verweigert eine Partei die Auskunft, so ist die Bewilligung zu entziehen; ZR 52 Nr. 49.

<sup>2</sup> In ZR 42 Nr. 44a wird festgestellt, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach dem Wortlaut des Gesetzes nur von der Bedürftigkeit der Partei oder von den Erfolgsaussichten des Prozesses abhängig gemacht werden dürfe. Es müsse nicht noch untersucht werden, ob der Gesuchsteller dieser Rechtswohltat "würdig" sei. Die Verweigerung des Armenrechts als Disziplinar massnahme sei im Gesetz nicht vorgesehen, weil sie nur gegen eine bestimmte Kategorie von Personen, die Unbemittelten, in Frage käme und deshalb gegen die verfassungsmässig gewährleistete Rechtsgleichheit verstossen würde.

## 2. Beendigung aus Gründen, die bei der Person des Gesuchstellers liegen

### a) Verzicht auf das Armenrecht

Die bedürftige Partei kann auf das Armenrecht verzichten. Dies ist aber keine Prozesshandlung. Ein solcher Verzicht ist von der Uebernahme der Prozesskosten im gerichtlichen Vergleich zu unterscheiden. Die Bereitschaft zur Uebernahme der Kosten ist eine Prozesshandlung und besitzt nicht den verwaltungsrechtlichen Charakter des Verzichts auf die unentgeltliche Rechtspflege.

### b) Tod des Petenten

Ein weiterer Erlöschungsgrund ist der Tod der Partei.<sup>1</sup> Die unentgeltliche Rechtspflege steht als subjektives öffentliches Recht nur dem aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse Begünstigten zu. Sie kann deshalb nicht auf dem Wege der Universalsukzession übertragen werden.<sup>2</sup> Bei einer Veräusserung des Streitobjektes muss daher angenommen werden, dass eine dem Veräusserer zugebilligte unentgeltliche Prozessführung sich nicht auf den Erwerber erstreckt, da die Gewährung des Armenrechts sich als eine an die Person geknüpfte, durch ihre finanziellen Verhältnisse begründete Begünstigung darstellt.

## VI. DIE FOLGEN DER UNENTGELTLICHEN RECHTSPFLEGE NACH BEENDIGUNG DES GERICHTSVERFAHRENS

Wie wir gesehen haben, besteht die Rechtswohltat für die bedürftige Partei in der vorläufigen, eventuell teilweisen Befreiung von der Zahlung der mit dem Prozess verbundenen Kosten. Daraus entstehen, je nach Ausgang

---

<sup>1</sup> Dem Tod der natürlichen Person ist der Verlust der Parteifähigkeit einer Gesamthandsgemeinschaft (wie z.B. Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) gleichzusetzen; Sträuli/Messmer, § 85 N 1.

<sup>2</sup> Wenn die Armenrechtspartei stirbt und die nichtbedürftigen Erben in den Prozess eintreten, so haben diese kein Anrecht auf Befreiung von den Kosten.

des Prozesses, für alle am Prozess Beteiligten<sup>1</sup> gewisse Konsequenzen hinsichtlich der Kostentragung.

### A. Grundsätzliche Regelung

Grundsätzlich gilt, dass die gestundeten Beträge von der Armenrechtspartei zurückzuerstatten sind, sobald sich deren finanzielle Verhältnisse gebessert haben.<sup>2</sup> Dies ist in den Prozessordnungen der meisten Kantone vorgesehen.

Eine Verjährung der Nachzahlungspflicht an den Staat ist aus den Gesetzesbestimmungen nicht ersichtlich. M.E. dürfte eine solche nach fünf Jahren, analog Art. 128 Ziff. 3 OR, angemessen sein. Eine Verjährungsfrist über fünf Jahre hinaus dürfte sich angesichts des Umstandes, dass eine Aufforderung zur Nachzahlung immer auch eine neue Untersuchung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Armenrechtspartei voraussetzt, kaum rechtfertigen. Der Aufwand für eine solche Untersuchung stünde wohl in keinem Verhältnis zu dem nur fraglichen Erfolg.<sup>3</sup>

Da die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Armenrechtspartei einen Zahlungsaufschub der Prozesskosten bis zur Konsolidierung ihrer finanziellen Verhältnisse darstellt, ist die Erfüllung der Nachzahlungspflicht solange nicht gegeben, als sie nicht zu zahlen in der Lage ist. Die Zahlungsfähigkeit der Armenrechtspartei kann aber im Rechtsöffnungsverfahren nicht überprüft werden. Ein Begehren um definitive Rechtsöffnung bezüglich einstweilen erlassener Prozesskosten muss deshalb vom Rechtsöffnungsrichter abgewiesen werden.

---

<sup>1</sup> Beteiligte am Armenrechtsverfahren sind: die Bedürftige Partei, die Gegenpartei, der Staat und der unentgeltliche Rechtsbeistand.

<sup>2</sup> Vgl. oben, S. 189.

<sup>3</sup> Nach ausserrhodischer Praxis verjährt die Nachzahlungspflicht nach zehn Jahren. Eine stichprobeweise Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse, wie sie zum Teil gehandhabt wird, widerspricht aber der Rechtsgleichheit.

## B. Die Folgen für die Armenrechtspartei bzw. für die Gegenpartei

### 1. Bei Obsiegen der Armenrechtspartei

Neben Appenzell A.-Rh., St. Gallen und Zürich sehen auch die Prozessgesetze der meisten andern Kantone vor, dass die Armenrechtspartei, sofern sie den Prozess gewinnt, die ihr im Urteil zugesprochenen Beträge für die Bezahlung der Auslagen des Staates zu verwenden hat.<sup>1</sup> In Appenzell A.-Rh. und St. Gallen bestimmt der Richter die Beträge, welche die Gegenpartei dem Staat, der Armenrechtspartei und allenfalls deren Rechtsbeistand zu bezahlen hat.

### 2. Bei Unterliegen der Armenrechtspartei

Der Prozessgegner hat in diesem Fall einen Anspruch auf Entschädigung seiner Kosten und Umtriebe gegenüber der Armenrechtspartei, nicht aber gegenüber dem Staat. Angesichts der prekären finanziellen Lage der bedürftigen Partei kann es dazu kommen, dass der Prozessgegner für seine Kosten nicht entschädigt wird. (Er ist deshalb daran interessiert, dass dem Bedürftigen die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt wird. Dieser Umstand begründet auch das ihm eingeräumte Rekursrecht gegen den Armenrechtsentscheid.)<sup>2</sup>

## C. Die Folgen aus der unentgeltlichen Verbeiständung

### 1. Bei Obsiegen der Armenrechtspartei

Gewinnt die Armenrechtspartei, so setzt das Gericht, welches den Prozess rechtskräftig erledigt hat, die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes, zulasten des Verlierers, fest. Für den Fall, dass die Anwaltsent-

---

<sup>1</sup> AR Art. 80 ZPO, SG Art. 162 ZP, ZH § 92 ZPO.

<sup>2</sup> ZR 33 Nr. 3; vgl. oben, S. 188.

schädigung von der Gegenpartei nicht erhältlich ist, wird der Anwalt nach einem speziellen Tarif vom Staat entschädigt.<sup>1</sup>

## 2. Bei Unterliegen der Armenrechtspartei

Unterliegt die Armenrechtspartei, so bezahlt der Staat den Rechtsbeistand nach dem unter 1. erwähnten Tarif.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art.80 ZPO, SG Art.162 Abs.3 ZP, ZH § 89 Abs.2 ZPO; Sträuli/Messmer, § 89 N 3. Nach ausserrhodischem und st.gallischem Armenrechtstarif dürfen dem Staat gegenüber nur 75% der ordentlichen Gebührenansätze berechnet werden, sofern der Staat den Anwalt zu bezahlen hat. In Zürich ist die Entschädigung durch eine Verordnung zum Anwaltsgesetz festgelegt.

<sup>2</sup> Sowohl nach Art.81 Abs.2 der ausserrhodischen ZPO wie auch nach dem Armenrechtstarif besteht gegenüber der vertretenen oder verbeiständeten Partei kein Honoraranspruch.

## § 13 DER AUGENSCHHEIN

=====

### I. BEGRIFF<sup>1</sup>

Unter einem Augenschein ist die Feststellung eines Tatbestandes durch das Gericht zu verstehen, indem sich die Richter durch eigene Sinneswahrnehmung von dessen Vorhandensein überzeugen. Unter den Beweisen und Beweismitteln ist für den Grundeigentümer der Augenschein insbesondere deshalb von Bedeutung, weil entweder seine Liegenschaft, Bestandteile oder Zugehör derselben, Gegenstand eines gerichtlichen Augenscheins sein könnten, oder von seinem Grundstück aus ein Augenschein auf ein Nachbargrundstück genommen werden müsste.<sup>2</sup>

Die ausserrhodische ZPO bestimmt, dass ein Augenschein von Amtes wegen oder auf Parteibegehren stattfindet, wenn ihn der Richter zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse als notwendig erachtet. Der Augenschein kann aber auch dazu dienen, Parteivorbringen oder Zeugenaussagen dem Richter durch Kenntnis der Oertlichkeit verständlicher zu machen.

Beispiel: A. errichtet auf seinem Grundstück eine Neubaute. Der Boden ist felsig, so dass die Baugrube mit Pressluftbohrern und schweren Baumaschinen ausgehoben werden muss. Durch die dauernden heftigen Erschütterungen entstehen an der Fassade des Nachbarhauses Risse. Der Eigentümer klagt deshalb auf Unterlassung der Störung und Schadenersatz. Er verlangt, dass sich das Gericht, durch einen Augenschein auf seiner Liegenschaft, vom Kausalzusammenhang zwischen dem heftigen Beben und dem entstandenen Schaden überzeuge.

---

<sup>1</sup> AR Art.175 ff. ZPO, SG Art.249 ff. ZP, ZH § 169 ZPO.

<sup>2</sup> Z.B. zur Feststellung von Immissionen, die von einem Nachbargrundstück ausgehen; ZR 57 Nr.147 (Lärmimmission).

## II. ZWECK

Mit einem Augenschein will das Gericht durch eigene Sinneswahrnehmung Beweise erheben. Für den Richter ist dies das einfachste Mittel, um sich von der Parteibehauptung zu überzeugen, sofern die in Frage stehenden Tatsachen der Sinneswahrnehmung des Gerichtes zugänglich sind. Voraussetzung ist dabei, dass das Gericht das Objekt der Sinneswahrnehmung aus eigenem Wissen auf seine Bedeutung hin beurteilen kann.<sup>1</sup> Das Gericht kann von Amtes wegen einen Augenschein anordnen, sofern es dieses Vorgehen als nützlich erachtet, d.h. wenn damit die streitige Behauptung wahrheitsgemäss abgeklärt werden kann. Stehen Tatsachen in Frage, die nur an Ort und Stelle wahrgenommen werden können, so begibt sich das Gericht dorthin. An der Augenscheinsverhandlung sind die Parteien berechtigt, dem Gericht die nötigen Erläuterungen zu geben.

## III. DULDUNGSPFLICHT DES AM PROZESS NICHT BETEILIGTEN DRITTEN

Auch wenn dies in den Gesetzen meistens nicht ausdrücklich gesagt ist,<sup>2</sup> ergibt es sich doch aus dem Wesen der Sache, dass auch Dritte verpflichtet sind, das Betreten ihrer Grundstücke und Räumlichkeiten zur Vornahme eines gerichtlichen Augenscheins zu dulden, soweit sie nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind. Die ausserrhodische ZPO verpflichtet in Art. 177 jedermann, also auch aussenstehende Dritte, an Sachen, die in ihrem Gewahrsam stehen, einen Augenschein zu dulden, sofern dies aufgrund eines rechtskräftigen Gerichtsbeschlusses verlangt wird. Weigert sich ein Eigentümer, für einen Augenschein Zutritt zu seiner Liegenschaft zu gewähren, so kann dieser polizeilich erzwungen werden.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Dies dürfte für die meisten Immissionsstreitigkeiten zutreffen. Auf diese Weise wird es dem Gericht möglich sein, durch eigene Sinneswahrnehmung zu beurteilen, ob eine Beeinträchtigung durch Lärm, Musik, Geruch, etc. als übermässig angesehen werden muss.

<sup>2</sup> Ausnahme: Art. 55 BZPO, wo die Duldungspflicht Dritter ausdrücklich genannt ist; ebenso ZH § 170 Abs. 2 ZPO.

<sup>3</sup> Dies ist in Art. 55 Abs. 2 a.E. der Bundeszivilprozessordnung ausdrücklich vorgesehen; ebenso in § 170 Abs. 3 der zürcherischen ZPO.

## § 14 DAS SUMMARISCHE VERFAHREN<sup>1</sup>

=====

### I. ALLGEMEINES

Das Prozessrecht in den meisten Kantonen kennt für gewisse Fälle ein abgekürztes Verfahren vor dem Einzelrichter, das sogenannte summarische Verfahren, das den besonderen Verhältnissen Rechnung tragen will mit dem Zweck, bestimmte Streitfälle, deren Sachverhalt sich leicht feststellen lässt oder deren Beurteilung dringlich ist, in einfacher und relativ formloser Weise rasch zu erledigen. Im Unterschied zum ordentlichen Verfahren werden hier nicht sämtliche möglichen Abklärungen getroffen und nicht alle Beweismittel ausgeschöpft, die an sich möglich wären.<sup>2</sup>

Im weiteren ist auch das formelle Vorgehen vereinfacht. Das Begehren kann mündlich oder schriftlich beim Einzelrichter anhängig gemacht werden. Ebenso kann die Vernehmung mündlich oder schriftlich erfolgen. Die Verhandlungen sind in der Regel mündlich.<sup>3</sup>

Die Beweismittel sind mit dem Begehren oder mit der Antwort einzureichen oder, wenn dies nicht möglich ist, zu bezeichnen. Beweisbeschlüsse

---

<sup>1</sup> Guldener I, S.476 ff.; Sträuli/Messmer, S.359 ff.; Walder II, S.403 ff.; AR Art.223 ff.ZPO, SG Art.374 ff. ZP, ZH § 204 ff. ZPO.

<sup>2</sup> Guldener I, S.476: Beweise sind nur zu erheben "falls das Verfahren durch die Beweisabnahme keine erhebliche Verzögerung erfährt". In § 209 der Zürcher ZPO werden heute die persönliche Befragung der Parteien, schriftliche Auskünfte, Augenschein und Urkunden ausdrücklich als zulässig erklärt. Andere Beweismittel werden nach Abs.2 dieses Artikels nur zugelassen, wenn der Kläger nicht nach § 221 u. 226 ZPO auf das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann oder wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern. Ebenso lässt Art.376 des st.gallischen ZP nur solche Beweismittel zu, die ohne wesentliche Verzögerung abgenommen werden können. Demgegenüber ist der Einzelrichter im Kt. AR bezüglich der Beweismittel frei. Gemäss Art.225 ZPO hat der Richter ohne Verzug die ihm erheblich scheinenden Beweise abzunehmen. Zeugen hat er allerdings nur einzuzuernehmen, wenn es im Interesse des materiellen Rechts unumgänglich notwendig ist.

<sup>3</sup> Im Kt.ZH wählt der Einzelrichter das Verfahren je nach der Eigenart des Falles. Vorbehalten bleiben abweichende Sonderregelungen des eidgenössischen Rechts wie im Rechtsöffnungs- und Konkursverfahren (Art. 84, 168, 190 SchKG).

werden nicht erlassen. Im übrigen finden die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens sinngemäss Anwendung soweit sich einzelne Bestimmungen dazu eignen und soweit das summarische Verfahren keine Vorschriften enthält.

## II. DIE SACHLICHE ZUSTAENDIGKEIT DES EINZELRICHTERS IM SUMMARISCHEN VERFAHREN

---

### A. In Schuldbetreibungs- und Konkursachen

---

Das Bundesrecht verweist eine Reihe von Geschäften, insbesondere solche die sich auf den Rechtsvorschlag und das Konkursbegehren in der Schuldbetreibung beziehen, in das summarische Verfahren.<sup>1</sup> Die Fälle sind in den Prozessgesetzen der Kantone einzeln aufgezählt.<sup>2</sup>

### B. In Geschäften aufgrund des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts

---

Der Sache nach handelt es sich hier um Geschäfte, für die das Befehlsverfahren nicht offen steht, und zwar deshalb, weil es sich nicht um Befehle und Verbote handelt, sondern um rechtsgestaltende Anordnungen verschiedenster Art, für die das ordentliche Verfahren zu zeitraubend und zu aufwendig ist, oder mangels Gegenpartei nicht in Betracht kommt.<sup>3</sup> Die einzelnen Geschäfte, für welche der Einzelrichter ausschliesslich zuständig ist, sind in den Zivilprozessordnungen aufgeführt.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 25 Ziff. 2 SchKG; Guldener I, S. 477; Sträuli/Messmer, Vorbem. vor § 213 N 1 ZPO.

<sup>2</sup> AR Art. 7 Ziff. 1 u. 2, Art. 10 Ziff. 5, Art. 11 Ziff. 6 ZPO; vgl. oben, S. 47/48; SG Art. 48 Ziff. 7 u. Art. 50 ZP, ZH § 213 ZPO.

<sup>3</sup> ZR 51 Nr. 57; SJZ 48, S. 339.

<sup>4</sup> AR Art. 7 Ziff. 5, Art. 10 Ziff. 2 u. 3, Art. 11 Ziff. 3 u. 4 ZPO; vgl. oben, S. 47/48; SG Art. 48 Ziff. 4 u. 5, Art. 49 Ziff. 4 u. 5, Art. 52 ZP, ZH §§ 215 u. 219 ZPO.

Beispiel: A. ist neben andern Besitzer eines Stockwerkeigentums. In einer Versammlung der Stockwerkeigentümer wurde beschlossen, dass eine Vermietung des Stockwerkeigentums nur unter Vorbehalt der Genehmigung der übrigen Stockwerkeigentümer vorgenommen werden könne.

A., der aus beruflichen Gründen seinen bisherigen Wohnsitz verlassen muss, möchte seine Wohnung zu Eigentum behalten und weitervermieten. Nachdem er einen Mieter gefunden hat, hat er seine Absicht den übrigen Stockwerkeigentümern mitzuteilen und diese können innert 14 Tagen Einsprache erheben.

Gemäss Art.712c ZGB ist eine Einsprache aber nur dann wirksam, wenn sie aus wichtigem Grund erhoben wird. Darüber hat auf Begehren des Einspruchgegners der Richter im summarischen Verfahren zu entscheiden.

### C. Im Befehlsverfahren

#### 1. Allgemeines

Gemäss den entsprechenden Gesetzesbestimmungen der verschiedenen Zivilprozessordnungen<sup>1</sup> bestehen die vom Einzelrichter zu erlassenden Verfügungen

- in Befehlen und Verboten gegen bestimmte Personen unter Androhung von Rechtsnachteilen<sup>2</sup>
- in Massnahmen, welche den Beklagten an der Verfügung über bestimmte Gegenstände hindern (Anordnungen unparteilicher Verwahrung, Auf-erlegung von Sicherstellung, Sperrung öffentlicher Register oder Beauftragung eines Dritten mit der Wahrung von Parteinteressen)
- in der Zusprechung dinglicher Rechte an Grundstücken gemäss Art.656, 665 und 963 ZGB.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> AR Art.250 ZPO, SG Art.392 Abs.1 ZP, ZH § 223 ZPO.

<sup>2</sup> Als Rechtsnachteile können angedroht werden: Ordnungsbusse, polizeilicher Vollzug oder Bestrafung wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung i.S. von Art.292 StGB. Zu beachten ist, dass aber eine Verurteilung gestützt auf Art.292 StGB nur erfolgen kann, wenn dieser Artikel in seinem vollen Wortlaut angedroht wurde.

<sup>3</sup> Dies ist in § 223 Ziff.3 der Zürcher ZPO ausdrücklich vorgesehen; vgl. Gul-dener I, S.481; BGE 78 I 443 ff.

Beispiel:<sup>1</sup> Der Vermieter bringt dem Einzelrichter den Mietvertrag samt Kopie des mit eingeschriebenem Brief erfolgten Kündigungsschreibens und der entsprechenden Postquittung. Die Auszugsfrist für den Mieter ist abgelaufen. Der Einzelrichter stellt einen provisorischen Befehl auf Räumung des Mietobjektes aus. Gleichzeitig wird dem Beklagten Frist angesetzt, um beim Richter Einsprache zu erheben unter Androhung, dass die Verfügung sonst vollstreckbar werde.<sup>2</sup>  
Die Einsprache muss kurz begründet werden.<sup>2</sup>

## 2. Anwendungsbereiche des Befehlsverfahrens

### a) Die Realexekution<sup>3</sup>

Ist ein Anspruch rechtskräftig festgestellt und kommt der Vollstreckungsbe-  
klagte seinen Verpflichtungen nicht nach, so kann der Berechtigte beim  
Einzelrichter im summarischen Verfahren Vollstreckung seines Anspruches  
verlangen. Zuständig ist der Richter am Wohnort des Beklagten oder, wenn  
der Anspruch mit einem Grundstück in Zusammenhang steht, der Richter  
am Ort der gelegenen Sache. Der Richter wird nun die Vollstreckung anord-  
nen.<sup>4</sup>

Ist Realexekution aber nicht durchführbar, so kann der Berechtigte anstelle  
von Naturalerfüllung Schadenersatz geltend machen.

---

<sup>1</sup> Vgl. Walder II, S.407.

<sup>2</sup> Wird Einsprache erhoben, so fällt nach zürcherischem Prozessrecht die  
provisorische Verfügung dahin, sofern der Richter nichts gegenteiliges ge-  
mäss § 110 Abs.2 anordnet, und es wird zur Verhandlung vorgeladen;  
§ 224 Abs.3 ZPO. Das Gegenteilige gemäss § 110 Abs.2 ZPO wäre die  
vorläufige Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, wie sie auch wäh-  
rend des Prozesses möglich wäre, vgl. Walder II, S.407.

<sup>3</sup> ZH § 222 Ziff.1 ZPO; Guldener I, S.479; Walder II, S.407.

<sup>4</sup> Er wird dem Beklagten beispielsweise befehlen, dem Gesuchsteller eine  
Sache zu übergeben oder eine bestimmte Leistung zu erbringen. Einen sol-  
chen Befehl verbindet der Richter regelmässig mit einer Strafandrohung, um  
dessen Wirkung zu verstärken und die Erfolgsaussichten zu erhöhen. Eine  
solche Androhung kann in einer Ordnungsbusse oder einer Ungehorsamsstra-  
fe bestehen. Erbringt der Beklagte die von ihm geforderte Leistung nicht,  
so kann der Richter den Kläger oder einen Dritten ermächtigen bzw. beauf-  
tragen, die Handlung vorzunehmen.

Beispiel: Durch Gerichtsurteil wurde festgestellt, dass A. ein servitutarisches Recht am Ueberlaufwasser aus dem Brunnen des B. besitzt. B. wurde deshalb im Erkenntnis angewiesen, den Ueberlauf aus dem Brunnen in die Leitung des A. zu öffnen. Der Beklagte B. kommt dieser Verpflichtung nicht nach, so dass der Richter auf Begehren des Berechtigten den Spenglermeister X beauftragen muss, den ursprünglichen Zustand beim Ueberlauf des Brunnens wieder herzustellen.<sup>1</sup>

#### b) Das abgekürzte Erkenntnisverfahren<sup>2</sup>

Im summarischen Verfahren können auch Klagen erhoben werden, die sich auf klares Recht und nichtstreitige bzw. sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse stützen.<sup>3</sup>

Für den Gerichtsstand gelten die allgemeinen Regeln. Deshalb sind Begehren im Zusammenhang mit Grundeigentum am Ort der gelegenen Sache zu stellen. Gerichtsstandsvereinbarungen sind ebenfalls zu beachten.<sup>4</sup>

Voraussetzung für die Durchführung dieses Verfahrens ist ein liquider Anspruch. Der Kläger soll rasch zu seinem Recht kommen, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse klar sind. Andernfalls kann auf das Begehren nicht eingetreten werden und der Kläger ist in das ordentliche Verfahren zu verweisen.<sup>5</sup>

Beispiel: Der Platz zwischen den Liegenschaften des A. und B. ist mit einer Servitut belastet, indem der Raum um den Brunnen als "Fesselplatz" freigehalten werden muss. Der Nachbar B. stellt als Dauerparkierer seinen Personenwagen tagtäglich auf diesem Platz ab. A., der seinerseits die servitutarische Belastung seiner Liegenschaft beachtet, lässt gestützt auf den Grundbucheintrag

---

<sup>1</sup> Solche Vollstreckungsanordnungen können allerdings nur innerhalb des Kantons vollzogen werden, Guldener II, S.88 Anm.23; ZR 44 Nr.77.

<sup>2</sup> AR Art.249 Ziff.1 ZPO, SG Art.389 Ziff.1 ZP, ZH § 222 Ziff.2 ZPO; Guldener I, S.479 ff.; Walder II, S.408 f.

<sup>3</sup> Die zürcherische ZPO nennt dazu ausdrücklich die Ausweisung von Mietern und Pächtern.

<sup>4</sup> ZR 64 Nr.6 = SJZ 60, S.348, Nr.244.

<sup>5</sup> ZH § 226 ZPO.

durch den Einzelrichter dem Nachbar B. das Parkieren verbieten.

Der Richter kann auf das Begehren eintreten, weil das Recht durch das Servitutenprotokoll ausgewiesen ist und der Beklagte keine begründeten Einwendungen machen kann.

Die Prozessordnungen von Appenzell Ausserrhoden und St. Gallen verweisen in ihren Zivilprozessordnungen den Besitzerschutz ausdrücklich in das summarische Verfahren.<sup>1</sup> Schutz geniesst sowohl der Rechts- wie der Sachbesitz.<sup>2</sup> Ebenso kommt das summarische Verfahren zur Anwendung bei Besitzesstörung gemäss Art. 928 ZGB.

Beispiel: A. besitzt ein Fuss- und Fahrrecht über das Grundstück des B. Der Belastete umzäunt nun seine ganze Liegenschaft und beeinträchtigt dadurch A. in der Ausübung seines Rechtes.

In diesem Fall kann mit einer Besitzesstörungsklage im summarischen Verfahren auf Gewährleistung des Rechtsanspruches geklagt werden.<sup>3</sup> Will der Berechtigte aber gestützt auf Art. 927/928 Abs. 2 ZGB einen Schadenersatz geltend machen, so muss er eine solche Klage im ordentlichen Verfahren anheben.

#### c) Einstweilige Verfügungen

Neben den unter a) und b) angeführten Bereichen ist das summarische Verfahren auch anwendbar wenn es gilt, ausserhalb, vor oder nach Anhebung eines Rechtsstreites Verfügungen zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht

---

<sup>1</sup> AR Art. 249 Ziff. 3 ZPO, SG Art. 389 Ziff. 3 ZP, ebenso ZH § 292 Ziff. 2 u. 3 aZPO; zum Besitzerschutz vgl. oben, S. 26 ff.

<sup>2</sup> Ersterer allerdings nur soweit es sich um Dienstbarkeiten und Grundlasten handelt, vgl. Lutz, Art. 389 Ziff. 3 N 1.

<sup>3</sup> Die Beseitigung zu hoher Bäume kann in der Regel nicht auf dem Wege des Besitzschutzes, sondern nur wegen Eigentumsstörung nach Art. 684 ZGB auf dem ordentlichen Prozessweg verlangt werden, wenn nicht Art. 687 (Bestimmung über das Kapprecht) zutrifft, vgl. Lutz, Art. 389 Ziff. 3 N 3; anders GVP 1957 Nr. 8; dagegen kann Besitzerschutz unmittelbar gegen das neue eigenmächtige "zu nahe Pflanzen" erteilt werden: Waldis, S. 132 oben.

wieder gutzumachenden Nachteils zu treffen.<sup>1</sup>

Eine Verfügung vor oder während des Prozesses dient dazu, einer Partei schon vor oder während des Verfahrens Rechtsschutz zu gewähren, insbesondere durch Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes.<sup>2</sup>

Zum Verfahren gilt weitgehend das unter I. ausgeführte. Um eine vorsorgliche Massnahme zu erwirken, muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass nur die angebehrte vorsorgliche Massnahme ihn vor einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewahren kann.<sup>3</sup>

Weil die einstweilige Verfügung in einem abgekürzten Verfahren ergeht, ist sie möglicherweise falsch. Deshalb macht § 230 Abs.1 der Zürcher ZPO den Kläger für einen allfälligen Schaden haftbar, "wenn der Anspruch, für den die vorsorgliche Massnahme getroffen wurde, nicht bestand oder nicht fällig war".<sup>4</sup> Dies ist vor allem zu beachten bei der vorsorglichen Massnahme in einem Baueinspracheverfahren, wenn durch eine einstweilige Verfügung ein Bauverbot erlassen und dadurch der Baubeginn verzögert wird. Dem Bauwilligen erwächst daraus regelmässig Schaden.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> AR Art.249 Ziff.2 ZPO, SG Art.389 Ziff.2 ZP, ZH § 222 Ziff.3 ZPO; Walder II, S.409.

<sup>2</sup> ZR 43 Nr.52; SJZ 61, S.113, Nr.70, 62, S.26, Nr.11. Da eine Verfügung vor dem Prozess im Hinblick auf ein bevorstehendes Streitverfahren erlassen wird, setzt der Richter dem Gesuchsteller gemäss § 228 der zürcherischen ZPO eine Frist an zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens.

<sup>3</sup> Sträuli/Messmer, § 222 N 26 ZPO; Walder II, S.358; ZR 65 Nr.122.

<sup>4</sup> Nach Art.251 Abs.2 der ausserrhodischen ZPO und Art.394 Abs.2 des st. gallischen ZP kann der Gesuchsteller zu vorheriger Sicherstellung eines allfälligen Schadens verpflichtet werden.

<sup>5</sup> Die ausserrhodische ZPO kennt bezüglich der Baueinsprache keine speziellen Bestimmungen. Die privatrechtliche Baueinsprache ist abschliessend im EGzZGB vom 27. April 1969 geregelt. Die st.gallische Regelung, Art. 359bis ZP, verweist für die privatrechtliche Baueinsprache nach Art.684 ZGB auf die entsprechenden Bestimmungen des Baugesetzes. Im Kt. ZH war das Baueinspracheverfahren bis zum Inkrafttreten des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 in der ZPO (§ 299 ff.) geregelt. Entsprechend der alten Regelung hatte der Einsprecher zur Wahrung seiner Rechte innert der Ausschreibungsfrist beim Einzelrichter ein vorsorgliches Bauverbot zu erwirken, an welches nachher der ordentliche Prozess an-

d) Sicherstellung gefährdeter Beweise (vorsorgliche Beweisaufnahme) <sup>1</sup>

Wenn Gefahr besteht, dass bei längerer Verzögerung ein Beweismittel verloren gehen oder sein Gebrauch wesentlich erschwert werden könnte, so hat in gerichtlich anhängigen Fällen der Präsident des betreffenden Gerichtes, in nicht anhängigen Prozessen der Richter, welcher in der Lage ist, den Beweis am schnellsten abzunehmen, auf das schriftliche und begründete Begehren einer Partei den beantragten Beweis sicherzustellen.

Beispiel: A., der in St.Gallen wohnt, hat von B., der in Zürich Wohnsitz hat, ein Ferienhaus im Tessin gekauft. Laut Kaufvertrag ist das Gebäude in tadellosem Zustand. Bei einem ersten längeren Aufenthalt in seinem erworbenen Haus und einer eingehenden Prüfung des Gebäudes stellt A. aber zum Teil schwerwiegende Mängel fest, die unverzüglich ausgebessert werden sollten. Um sich in einer späteren Schadenersatzklage nicht in einen Beweisnotstand versetzt zu sehen, lässt A. vom Richter am Ort der gelegenen Sache die festgestellten Mängel in einem Augenscheinprotokoll festhalten und sichert sich dadurch den Beweis für das spätere Verfahren.

Durch eine vorsorgliche Beweisabnahme können mit Ausnahme der Beweis-  
aussage grundsätzlich alle Beweise abgenommen werden.

---

schluss. Nach der neuen Regelung stehen nun einem Einsprecher die gleichen Rechte offen wie zur Wahrung anderer privatrechtlicher Ansprüche: eine Unterlassungsklage im ordentlichen Prozess (allenfalls verbunden mit vorsorglichen Massnahmen nach § 110), ein definitives Bauverbot aus klarem Recht im Fall von § 223 Ziff.2 oder ein vorsorgliches Bauverbot gemäss § 223 Ziff.3 ZPO mit Ueberleitung in den ordentlichen Prozess. Die Schadenersatzpflicht wurde gemäss § 230 Abs.1 der Zürcher ZPO dahingehend gemildert, dass der Richter bei fehlendem Verschulden nach freiem Ermessen allen Umständen Rechnung tragen und die Ersatzpflicht ermässigen oder davon ganz entbinden kann; vgl. Sträuli/Messmer, § 223 N 28 u. 29.

<sup>1</sup> AR Art.246 ff.ZPO, SG Art. 399 ff.ZP, ZH § 231 ff. ZPO.

## § 15 DAS BESCHLEUNIGTE VERFAHREN

=====

### I. VORBEMERKUNG

Während die Kantone St.Gallen und Zürich ein beschleunigtes Verfahren kennen, sind Bestimmungen gleicher Art in Appenzell Ausserrhoden unbekannt.<sup>1</sup> Dieses Verfahren wird den Kantonen durch Art.25 Ziff.1 SchKG in Verbindung mit einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes für eine Reihe von Klagen des SchKG vorgeschrieben. Das Verfahren ist so einzurichten, dass die Parteien innert kurzer Frist vorgeladen werden und die Prozesse binnen sechs Monaten seit Erhebung der Klage durch die letzte kantonale Instanz erledigt werden können.<sup>2</sup>

Ein spezielles beschleunigtes Verfahren erübrigt sich aber in denjenigen Kantonen, in denen das ordentliche kantonale Verfahren ohnehin eine rasche Erledigung des Prozesses ermöglicht.<sup>3</sup>

### II. DAS BESCHLEUNIGTE VERFAHREN IM KANTON ST.GALLEN

Im st.gallischen Zivilrechtspflegegesetz sind die Fälle, in denen das beschleunigte Verfahren Anwendung findet, einzeln aufgezählt.<sup>4</sup> Es handelt sich dabei vor allem um Klagen aus dem Gebiet des SchKG. Art.373 ZP enthält für das Verfahren folgende besondere, vom ordentlichen Verfahren abweichende Vorschriften:

---

<sup>1</sup> Wohl findet in den in Art.6, 10 u. 11 ZPO aufgezählten Fällen kein Sühnverfahren statt. Daraus kann aber nicht auf ein beschleunigtes Verfahren geschlossen werden, bedarf es doch in einigen Fällen des Sühnverfahrens nicht, obschon im übrigen das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt.

<sup>2</sup> Von diesem Verfahren sind die Verfahren in Miet- und Arbeitsstreitigkeiten zu unterscheiden, in denen die Kantone von Bundesrechts wegen ein rasches Verfahren zur Verfügung zu stellen haben (Art.267 f. u. 343 Abs.2 OR). Dort ist das Verfahren ebenfalls mündlich und es findet kein Sühnverfahren statt. Zudem können Gerichtssitzungen auch während der Gerichtsferien abgehalten werden.

<sup>3</sup> Vgl. Guldener I, S.487. Dies dürfte wohl auch für den Kt. A

<sup>4</sup> Art.372 ZP.

- Die Frist für die Einreichung des Leitscheines ist auf 14 Tage, die Nachfrist nach Art. 207 Abs. 1 ZP auf sieben Tage herabgesetzt.
- Die bei den Gerichten im ordentlichen Verfahren geltenden Fristen wie auch die Fristen für die Berufung und die Nichtigkeitsbeschwerde sind auf die Hälfte herabgesetzt.<sup>1</sup>
- Jede Vorladung ist peremptorisch.<sup>2</sup>
- Die Rechtsfälle im beschleunigten Verfahren geniessen vor den übrigen Geschäften des Gerichtes den Vorrang; die Gerichtsverhandlung soll spätestens innert Monatsfrist nach Abschluss des Vorverfahrens abgehalten werden.
- Aufschub und Erstreckung von Fristen darf nur aus ganz wichtigen Verhinderungsgründen oder zur Wahrung wesentlicher Parteiinteressen bewilligt werden.<sup>3</sup>

### III. DAS BESCHLEUNIGTE VERFAHREN IM KANTON ZUERICH<sup>4</sup>

Die Klagen, die im beschleunigten Verfahren abgewickelt werden müssen, sind auch im Kanton Zürich in § 22 GVG einzeln erwähnt. Das Verfahren läuft grundsätzlich ab wie das ordentliche. Folgende Bestimmungen weichen aber vom ordentlichen Verfahren ab:

---

<sup>1</sup> Solche kurze Fristen sind m.E. aber sehr theoretisch und können "in praxi" kaum zum Spielen kommen. In denjenigen Fällen nämlich, in denen eingeschriebene Sendungen nicht zugestellt werden können, wird eine Abholeinladung in den Briefkasten gelegt und die Sendungen bleiben während einer Frist von sieben Tagen auf der Post liegen.

<sup>2</sup> Die Vorladung muss allerdings als "peremptorisch" bezeichnet sein.

<sup>3</sup> Nach Lutz, Art. 373 N 1 Ziff. 6 ZP sind wichtige Gründe z.B. Todesfall oder schwere Krankheit in der engeren Familie oder unmittelbar vor der Tagfahrt eingetretene Erkrankung eines Anwaltes.

<sup>4</sup> Vgl. Walder II, S. 399.

- Der Einzelrichter ist ohne Rücksicht auf den Streitwert zuständig.<sup>1</sup>
- Die Klage wird unter Umgehung des Friedensrichters direkt beim erkennenden Gericht anhängig gemacht.<sup>2</sup>
- Das Verfahren in erster Instanz ist mündlich.<sup>3</sup>
- Gegen Entscheide im summarischen Verfahren kann die Nichtigkeitsbeschwerde nur innert der abgekürzten Frist von 10 Tagen nach der erfolgten Mitteilung erhoben werden.<sup>4</sup>
- Bereits die erste Vorladung zur Hauptverhandlung ist peremptorisch, d.h. es treten schon bei erstmaliger Säumnis Verwirkungsfolgen ein.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> § 22 GVG.

<sup>2</sup> § 104 ZPO.

<sup>3</sup> § 119 Ziff. 1 ZPO.

<sup>4</sup> § 287 Abs. 2 ZPO.

<sup>5</sup> § 129 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO.

## Lebenslauf

Ich wurde am 22. Februar 1948 als jüngstes von 4 Geschwistern in Oberbüren geboren. An meinem Geburts- und Heimatort besuchte ich die Primarschule und anschliessend zwei Jahre die Sekundarschule in Niederuzwil. Hierauf folgte das Gymnasialstudium am Kollegium St. Antonius in Appenzell, wo ich 1969 die Matura Typus A bestand. Nach einem Jahr Militärdienst immatrikulierte ich mich im Herbst 1970 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und schloss meine Studien im Februar 1975 mit dem Lizentiat ab.

Nach Praktiken auf der Bezirksgerichtskanzlei Untertoggenburg und der Kantonsgerichtskanzlei von Appenzell Ausserrhoden wurde ich im August 1977 zum Kantonsgerichtsschreiber des Kantons Appenzell Ausserrhoden gewählt. Im November 1977 erwarb ich das Rechtsanwaltpatent und wurde am 22. November 1978 zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.







